Verfassungsfragen der Masernimpfpflicht: Ist die Impfpflicht nach dem geplanten Masernschutzgesetz verfassungswidrig?

Rechtsgutachten

erstellt von

Univ.-Prof. Dr. Stephan Rixen,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sozialwirtschafts- und Gesundheitsrecht
der Universität Bayreuth

11. Oktober 2019

Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse des Gutachtens

1. a) Das Gutachten befasst sich mit der Frage, ob die Impfpflicht, die das geplante Masernschutzgesetz in der Fassung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung vorsieht (BR-Drucks. 358/19), mit zentralen Grundrechtsgarantien des Grundgesetzes (GG) vereinbar ist. Hierbei geht es in erster Linie um geplante Änderungen des Infektionsschutzgesetzes (IfSchG), mit denen die Impfpflicht umgesetzt wird.

   b) Geprüft wird *nicht* die Verfassungsmäßigkeit des Impfens, sondern die Verfassungsmäßigkeit der Impf*pflicht* in der Ausgestaltung, die das geplante Masernschutzgesetz vorsieht. Die Verfassungsmäßigkeit der Impfpflicht wird im Hinblick auf die Grundrechte von Kindern und deren Eltern geprüft; hierbei stehen Kinder im KiTa-Alter, also nicht einwilligungsfähige Minderjährige, im Zentrum. Ferner geht es um die Grundrechte von Ärztinnen und Ärzten, die in die Umsetzung der Impfpflicht eingebunden sind.

2. a) Das geplante Masernschutzgesetz schafft eine „Impfpflicht“ (so der Begriff, der in der Gesetzesbegründung ausdrücklich verwendet wird), die in mehrfacher Hinsicht verfassungswidrig ist. Verletzt werden insbesondere das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) der Kinder, das grundrechtlich geschützte Elternrecht (Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG) und die Gleichheitsrechte von Kindern und Eltern (Art. 3 Abs. 1 GG). Es handelt sich um Grundrechte, auf die sich alle Menschen berufen dürfen. Als Menschenrechte stehen sie allen Menschen unabhängig insbesondere von der Staatsangehörigkeit zu, also z.B. auch geflüchteten Menschen.

   b) Verletzt werden zudem die Berufsfreiheit von Ärztinnen und Ärzten (Art. 12 Abs. 1 GG) sowie deren Gleichheitsrechte (Art. 3 Abs. 1 GG).

3. a) Das geplante Gesetz kreist um die (Grund-)Pflicht, Impfschutz (soweit keine Immunität vorliegt und medizinische Kontraindikationen nicht entgegenstehen) „aufzuweisen“, also sich einer Impfung zu unterziehen, und diese sodann „nachzuweisen“.

   b) Die Einhaltung der eng miteinander verkoppelten Pflichten, Impfschutz (bzw. Immunität) auf- und nachzuweisen, wird durch ein Bündel grundrechtsbeschränkender Folgeeingriffe (akzessorische Einhaltungspflichten) abgesichert, die beim fehlenden Impf-

nachweis ansetzen. Hierbei geht es insbesondere um ein KiTa-Aufnahmeverbot, das die KiTa umzusetzen hat, um bußgeldbewehrte und zwangsweise durchsetzbare Nachweispflichten gegenüber dem Gesundheitsamt sowie bußgeldbewehrte und zwangsweise durchsetzbare Aufenthaltsverbote, die das Gesundheitsamt aussprechen kann.

c) Die akzessorischen Einhaltungspflichten verstärken den grundrechtsbeschränkenden Effekt der Pflicht, Impfschutz auf- und nachzuweisen. All diese Pflichten verletzen je für sich die Grundrechte von Kindern, Eltern sowie von Ärztinnen und Ärzten, die in die Herstellung des Impfschutzes eingebunden sind. Sie verstärken zugleich die Intensität des Grundrechtseingriffs, den die Grundpflicht (= Impfschutz aufweisen, also sich impfen zu lassen) darstellt.

4. a) Die (Grund-)Pflicht, Impfschutz herzustellen („aufzuweisen"), genügt bereits nicht den allgemeinen rechtstaatlichen und demokratischen Anforderungen, die an ein grundrechtsbeschränkendes Gesetz zu stellen sind. An diesem Mangel leiden auch die Nachweis- bzw. die akzessorischen Einhaltungspflichten, die als grundrechtsbeschränkende Folgeeingriffe den ursprünglichen Grundrechtseingriff verstärken.

b) Unter dem Aspekt des rechtstaatlichen Grundsatzes der Normenbestimmtheit und Widerspruchsfreiheit ist die Verweisung auf die Empfehlungen der Ständigen Impfkommission (STIKO) verfassungsrechtlich nicht hinnehmbar, weil weder hinreichend klar wird, auf welche Teile der STIKO-Empfehlungen sich das geplante Gesetz bezieht noch in welchem Verhältnis der Verweis auf die STIKO-Empfehlungen zu den Empfehlungen der Sächsischen Impfkommission (SIKO) steht. Hier droht für alle Beteiligten rechtsstaatlich inakzeptable Verwirrung über das rechtlich Gebotene.

c) Durch den Verweis auf die STIKO-Empfehlungen wird die STIKO, deren demokratische Legitimation mindestens fragwürdig ist, zum eigentlichen Gesetzgeber, der Umfang und Inhalt der Impfpflicht festlegt. Die STIKO kann somit Umfang und Inhalt der Impfpflicht ohne eine inhaltlich effektive Kontrolle durch den Gesetzgeber selbst festlegen, was mit der grundgesetzlich geforderten demokratischen Verantwortung des Gesetzgebers nicht vereinbar ist.

5. a) Die Pflicht, Impfschutz auf- und nachzuweisen, genügt überdies nicht der Wesentlichkeitslehre des Bundesverfassungsgerichts, wonach die Eingriffe in Grundrechte hinreichend deutlich im Parlamentsgesetz selbst definiert sein müssen.

   b) Das geplante Gesetz gestattet pauschal den Einsatz von derzeit in Deutschland offenbar ausschließlich verfügbaren Kombinationsimpfstoffen; das sind derzeit MMR- bzw. MMRV-Kombinationsimpfstoffe (Masern, Mumps, Röteln, Varizellen [Windpocken]). Da die Verfügbarkeit von (Kombinations-)Impfstoffen wesentlich durch die Unternehmen der pharmazeutischen Industrie gesteuert wird, wird es durch das Gesetz nicht ausgeschlossen, dass Unternehmen der pharmazeutischen Industrie künftig entscheiden, dass sich nur noch die Produktion und der Vertrieb von Kombinationsimpfstoffen lohnt, die über MMR(V) hinaus noch weitere Infektionskrankheiten erfassen.

   c) Damit macht sich das geplante Gesetz stillschweigend von den (in der Gesetzesbegründung nicht angesprochenen) unternehmerischen Entscheidungen der pharmazeutischen Industrie abhängig. Da es jederzeit denkbar ist, dass ein Kombinationsimpfstoff geschaffen wird, der weitere Krankheiten erfasst, schafft das geplante Gesetz stillschweigend eine dem Grunde nach unbegrenzte Impfpflicht. Diese Ausweitungs- und Entgrenzungstendenz wird im Gesetzestext nicht einmal im Ansatz kenntlich gemacht, wie überhaupt die Gesetzesbezeichnung „*Masern*schutzgesetz“ in die Irre führt, denn mindestens wird derzeit beim Einsatz von Kombinationsimpfstoff immer noch gegen zwei oder drei weitere Krankheiten (MMR, MMRV) geimpft – und künftig bei unveränderter Gesetzeslage ggfs. noch gegen weitere Infektionskrankheiten.

   d) Auf die Problematik der „Mitimpfung“ hat auch der *Deutsche Ethikrat* (Impfen als Pflicht?, 2019, S. 66) hingewiesen. Auch die *Ausschüsse des Bundesrates* kritisieren dies: „Die grundrechtsbeschränkende Wirkung des Gesetzentwurfes wird damit (quasi als Beifang) zumindest auf die Impfung gegen Mumps und Röteln ausgeweitet, ohne dass insoweit die Grundrechtsbeschränkung ausdrücklich geregelt wird“ (BR-Drucks. 358/1/19, S. 32, dort auch: „faktische Impfpflicht […] für andere Erkrankungen“).

6. a) Die Pflicht, Impfschutz herzustellen und auch die daran anknüpfenden Nachweis- und Einhaltungspflichten sind unverhältnismäßig. Diese Pflichten verfolgen allerdings ein verfassungsrechtlich legitimes Ziel, nämlich drittnützigen Gemeinschaftsschutz („Her-

denimmunität“) – einschließlich des Individualschutzes, der mit der Impfung verbunden ist – zu verwirklichen. Der Gemeinschaftsschutz bezieht sich auf die gesamte Bevölkerung, fokussiert hierbei aber auf bestimmte Gruppen von ungeimpften, vulnerablen Menschen sowie auf Orte, insbesondere Einrichtungen, an bzw. in denen Menschen sich auf engem Raum aufhalten. Durch die Zuordnung der Impfpflicht zu Orten bzw. zu den Menschen, die sich dort auf engem Raum aufhalten, sollen die Infektionswege, also die Transmission des Masernvirus abgebrochen werden.

b) Ob die Fokussierung u.a. auf KiTa-Kinder im verfassungsrechtlichen Sinne „geeignet“ ist, das Gesetzesziel zu erreichen, ist fraglich. „Geeignetheit“ bedeutet im spezifisch verfassungsrechtlichen Sinne, dass die in Rede stehende Regelung die Erreichung des Gesetzesziels fördern *kann*. Dem Gesetzgeber steht ein weiter Einschätzungsspielraum zu, der vom Bundesverfassungsgericht je nach der Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter nur in begrenztem Umfang überprüft werden kann. Der Einschätzungsspielraum ist kein „Freifahrtschein“ bzw. keine „Blankoermächtigung“ für tatsächliche Annahmen ins Blaue hinein. Insoweit mag zweifelhaft erscheinen, ob die Impfpflicht bei KiTa-Kindern genügend berücksichtigt, dass Impflücken insbesondere bei nach 1970 geborenen Erwachsenen bestehen, weshalb sich die Frage stellt, wie die Impfung der Kinder genau zum Schutz der Erwachsenen beiträgt, die sich typischerweise an anderen Orten als Kinder aufhalten, insbesondere regelmäßig nicht in gerade der Kinderbetreuung dienenden Einrichtungen. Andererseits ist nicht völlig ausgeschlossen, dass auch ungeimpfte Erwachsene durch eine Impfpflicht, die auch KiTa-Kinder erfasst, geschützt werden *können*. Das reicht für die Geeignetheit im spezifisch verfassungsrechtlichen Sinne aus.

c) Das Gesetz ist aber nicht erforderlich. „Erforderlichkeit“ im spezifisch verfassungsrechtlichen Sinne bedeutet, dass kein gleich wirksames, aber weniger einschneidendes Regelungsinstrument zur Verfügung steht. Hierbei sind die vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Kriterien „Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs“, „Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil“ und das Gewicht der in Rede stehenden Rechtsgüter, insbesondere die Eingriffsintensität zu beachten. Schon angesichts einer Impfquote von ca. 97,1% bei der Erstimpfung (zum Zeitpunkt der Einschulung), zu der die Eltern bislang ohne den geplanten Zwang beigetragen haben, stellt sich die Frage, ob

die Zweitimpfungsquote, die bei ca. 92,8% liegt (Zahlen laut *Deutscher Ethikrat*), nur durch das auf Zwang setzende Schutzkonzept des geplanten Masernschutzgesetzes erreicht werden kann. Die fachlichen Stimmen, etwa auch die Einschätzung des Präsidenten des Robert Koch-Instituts (RKI), dazu, dass nicht eine Impfpflicht, sondern insbesondere auch eine optimierte Impfberatung nötig sei, werden vom Gesetzentwurf ignoriert. Auch die Erfahrungen mit der Impfberatung vor dem KiTa-Besuch inklusive Ladung zur Beratung durch das Gesundheitsamt (§ 34 Abs. 10a IfSchG) werden ersichtlich nicht berücksichtigt.

d) Nicht erforderlich ist die vom geplanten Gesetz – das insoweit den STIKO-Empfehlungen folgt – regelhaft angeordnete Durchführung einer Zweitimpfung auch bei Kindern, die bereits infolge der Erstimpfung eine Immunität gegen Masern aufweisen. Das Gesetz muss deutlich erkennen lassen, dass die Durchführung einer Zweitimpfung, die allein drittnützigen Zwecken, also nur dem Schutz anderer Personen dient und dem betroffenen Kind selbst nicht mehr nutzen kann, nur mit Zustimmung der Eltern erfolgen darf.

e) Das Gesetz ist auch deshalb nicht erforderlich, weil nicht erkennbar ist, wieso es zur Erreichung des Gesetzesziels geboten sein soll, die Impfpflicht durch die vom geplanten Gesetz hingenommene Steuerung der Kombinationsimpfstoffe durch die pharmazeutische Industrie unbegrenzt auszuweiten.

f) Das Gesetz (die Pflicht, Impfschutz aufzuweisen, die Pflicht, dies nachzuweisen, und die daran anknüpfenden Einhaltungspflichten) beschränkt das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit und das Elternrecht schließlich *unzumutbar*, weil es Kinder wie Eltern übermäßig belastet. Das gilt – über die insoweit bereits fehlende Erforderlichkeit hinaus – im Hinblick auf die Indienstnahme bereits durch die Erstimpfung immuner Kinder für den Schutz anderer Personen durch eine Zweitimpfung, die den bereits immunisierten Kindern selbst nicht mehr nutzt; sie dieser Belastung auszusetzen, ohne den Eltern insoweit eine informierte Entscheidung zu ermöglichen, ist unzumutbar.

g) Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist die Unzumutbarkeit auch zu bejahen, wenn das gesetzliche Schutzkonzept nicht folgerichtig umgesetzt wurde. Das ist der Fall, wenn das Schutzkonzept von Ausnahmetatbeständen durchzogen ist bzw.

durch weitreichende Ausnahmevorschriften geprägt ist, die das Ziel des Gesundheitsschutzes relativieren, weil trotz gleicher Gefahreinschätzung identischen Gefährdungen in demselben Gesetz unterschiedliches Gewicht beigemessen wird und somit die Grundrechtsbeschränkungen nicht schlüssig gleich verteilt werden. Das ist im geplanten Gesetz insbesondere mit Blick auf das Verhältnis von KiTa-Kindern und Kindern, die in nichterlaubnispflichtiger Kindertagespflege betreut werden, der Fall, zumal sich z.T. (zeitweilig) dieselben Kinder hier wie dort aufhalten. Außerdem werden KiTas und andere Einrichtungen (etwa Schulen) unterschiedlich streng behandelt, obgleich die Gefährdungssituation im Wesentlichen vergleichbar ist. Insbesondere Ausnahmen vom KiTa-Aufnahmeverbot und die unterschiedlichen Fristen zur Vorlage von Impfnachweisen sind trotz vergleichbarer Lage nicht folgerichtig geregelt.

h) Wird die Ausweitung der Impfpflicht mittels der vom Gesetzgeber an die pharmazeutische Industrie delegierten Zusammenstellung der Kombinationsimpfstoffe nicht bereits als nicht erforderlich eingeordnet (dazu oben), dann ist die grenzenlose Ausweitung der Kombinationsimpfstoffe jedenfalls eine übermäßige und damit unzumutbare Beschränkung des Grundrechts der körperlichen Unversehrtheit und des Elternrechts.

7. a) Die Gleichheitsrechte von Kindern und Eltern (Art, 3 Abs. 1 GG) werden durch die nicht folgerichtige Umsetzung des Schutzkonzepts verletzt, weil im Wesentlichen gleiche Betreuungssituationen von Kindern ungleich behandelt werden, obgleich das zum Gesetzesziel, Gemeinschaftsschutz („Herdenimmunität“) insbesondere durch die Impfung von Personen herzustellen, die sich auf engem Raum an einem bestimmten Ort, insbesondere in einer Einrichtung, aufhalten, nicht gerechtfertigt ist.

b) Die Freizügigkeit der Kinder und Eltern (Art. 11 Abs. 1 GG) wird durch die Aufnahme- und Aufenthaltsverbote verletzt, die der Umsetzung der verfassungswidrigen Pflicht, Impfschutz auf- und nachzuweisen, dienen.

c) Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) der Kinder und Eltern wird verletzt, weil die – zudem nicht hinreichend bestimmten – Pflichten zur Datenübermittlung an das Gesundheitsamt die verfassungswidrige Pflicht, Impfschutz auf- und nachzuweisen, umsetzen sollen.

8. a) Die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) der Ärztinnen und Ärzte, die in die Umsetzung der Impfpflicht eingebunden sind, wird ebenfalls verletzt. Ärztinnen und Ärzte sind im Rahmen des Behandlungsverhältnisses regelmäßig verpflichtet, die Impfung der Kinder vorzunehmen, was die Eltern nachweisen müssen, denn ohne Ärztinnen und Ärzte können sie die Impfung nicht herbeiführen. Damit sind Ärztinnen und Ärzte zugleich gezwungen, entgegen ihren medizinischen Ansichten, soweit sie mit den STIKO-Empfehlungen nicht übereinstimmen, zu beraten und aufzuklären. Dieser Beschränkung der Berufsfreiheit ist unzumutbar, weil sie die Ärztinnen und Ärzte zwingt, verfassungswidrige Grundrechtsbeschränkungen der Kinder und Eltern zu ermöglichen.

   b) Das geplante Gesetz verletzt auch die Gleichheitsrechte (Art. 3 Abs. 1 GG) der Ärztinnen und Ärzte. Ärztinnen und Ärzte müssen ohne sachlich gerechtfertigten Grund die STIKO-Empfehlungen anstelle der SIKO-Empfehlungen bzw. der fachlichen Einschätzungen, die den SIKO-Empfehlungen zugrunde liegen, beachten. Das gilt insbesondere für die Angaben zum Alter, zu dem die Erst- und die Zweitimpfung vorgenommen werden soll. In zugespitzter Weise gilt dies für Ärztinnen und Ärzte, die in Sachsen tätig sind und durch das IfSchG verpflichtet werden, teils die STIKO-Empfehlungen, teils die SIKO-Empfehlungen zu beachten.

Gliederung des Gutachtens

A. Gegenstand, Gang und Grenzen des Gutachtens 13

B. „Impfpflicht“: Die Kinder und Eltern betreffenden Regelungen des geplanten Masernschutzgesetzes im Überblick 18

I. Zur Verwendung des Begriffs „Impfpflicht“ 18

II. Im Überblick: Sieben Regelungen des Masernschutzgesetzes, soweit sie insbesondere für Kinder und Eltern relevant sind 20

1. Pflicht zum „Aufweisen“ von Impfschutz gegen Masern (§ 20 Abs. 8 Satz 1 Nr. 1 und Satz 2 IfSchG-E) 21

2. Pflicht zur Vorlage eines Nachweises gegenüber der KiTa (§ 20 Abs. 9 Satz 1, Abs. 10 Satz 1 i.V.m. Abs. 13 Satz 1 IfSchG-E) 22

3. Kita-Aufnahmeverbot (§ 20 Abs. 9 Satz 4 IfSchG-E) 24

4. Bußgeldbewehrte Nachweispflicht gegenüber dem Gesundheitsamt (§ 20 Abs. 12 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. Abs. 13 Satz 1 und § 73 Abs. 1a Nr. 7c und Abs. 9 Satz 1 Nr. 1 IfSchG-E) 25

5. Aufforderung (mit vorgeschalteter Ladung zur Beratung) zur Vervollständigung der Impfung (§ 20 Abs. 12 Satz 2 i.V.m. Abs. 13 Satz 1 IfSchG-E) 27

6. Bußgeldbewehrtes Aufenthaltsverbot für Kinder und Eltern (§ 20 Abs. 12 Satz 3 und Satz 4 i.V.m. Abs. 13 Abs. 1 IfSchG-E) 28

7. Datenübermittlung an das Gesundheitsamt (§ 20 Abs. 9 Satz 6, Abs. 10 Satz 2 IfSchG-E) 29

8. Zusammenfassende Charakterisierung der sieben Regelungen: ein Regelungskonzept aus Grundpflicht und akzessorischen Einhaltungspflichten 30

a) Der Zusammenhang der einzelnen Pflichten: Grundpflicht (Impfpflicht) und akzessorische Einhaltungspflichten 30

b) Zusammenhang zwischen „Aufweisen“ und „Nachweisen“: zwei Seiten einer normativen Medaille 32

C. Verfassungsrechtliche Bewertung der Grundrechtseingriffe zulasten der Kinder und Eltern 35

I. Das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) des Kindes 35

1. Schutzbereich des Grundrechts 35

2. Grundrechtseingriffe 38

a) Pflicht zum „Aufweisen von Impfschutz gegen Masern (§ 20 Abs. 8 Satz 1 IfSchG-E) nach Maßgabe der STIKO-Empfehlungen (Grundpflicht) 38

aa) Pflicht zur Duldung bzw. Hinnahme der Impfung durch das Kind 38

bb) Pflicht zur Duldung bzw. Hinnahme einer den STIKO-Empfehlungen entsprechenden Impfung 40

cc) Pflicht zur Duldung bzw. Hinnahme einer Impfung mit einem Kombinationsimpfstoff und als verkappte unbegrenzte Impfpflicht 44

b) Akzessorische Einhaltungspflichten (= grundrechtsbeschränkende Folgeeingriffe), die beim fehlenden Nachweis einer Impfung anknüpfen 45

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung insb. mit Blick auf die Impfpflicht (Impfschutz aufweisen, § 20 Abs. 8 Satz 1 IfSchG-E) 47

a) Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG (hinreichend bestimmtes und klares Gesetz) 47

b) Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 (widerspruchsfreies Gesetz) – Die Empfehlungen der SIKO 48

c) Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 Abs. 2 GG (demokratisch legitimiertes Gesetz) 51

aa) Die Verweisung auf die STIKO-Empfehlungen: die STIKO als eigentlicher Gesetzgeber 51

bb) Die Verweisung auf die STIKO-Empfehlungen im Lichte der Bußgeldandrohung 54

d) Art. 2 Abs. 2 Satz 3 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG (Wesentlichkeit) – Kombinationsimpfstoffe 55

e) Verhältnismäßigkeit 57

aa) Kriterien 57

bb) Verfassungsrechtlich legitimes Ziel 58

(1) Drittnütziger Gemeinschaftsschutz (einschl. Individualschutz) 58

(2) Bekämpfung der Seuchengefahr als

Variante der Gefahrenvorsorge (Risikovorsorge) 60

cc) Geeignetheit 62

(1) Kriterien, insb. die bei der Abwägung auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter 62
(2) Zweifel an der Geeignetheit, insb. Unsicherheiten über die Infektionswege 65

dd) Erforderlichkeit 71

(1) Kriterien 71
(2) Durchgreifende Zweifel an der Erforderlichkeit 72

(a) Erst- und Zweitimpfung, insb.: Darf die medizinische Notwendigkeit der Zweitimpfung offen gelassen werden? 72

(b) Wirkungslosigkeit der Beratung vor Aufnahme in die KiTa? 76

(c) Fachliche Kritik aus den Reihen des RKI, insb. durch den RKI-Präsidenten 78

(3) Fehlende Erforderlichkeit insb. mit Blick auf die Steuerung von Kombinationsimpfstoffen durch die pharmazeutische Industrie 81

ee) Zumutbarkeit (Angemessenheit, Verhältnismäßigkeit i.e.S.) 82

(1) Unzumutbare Belastung der Kinder durch eine medizinisch nicht notwendige Zweitimpfung 82

(2) Unzumutbarkeit mangels folgerichtig umgesetzten Schutzkonzepts 83

(a) Keine akute Bedrohungssituation – Strengere Anforderungen an die Zumutbarkeit 83

(b) Nicht folgerichtig normiertes Verhältnis der KiTas zur Kindertagespflege 85

(c) Nicht folgerichtig normiertes Verhältnis zwischen KiTas, Schulen und sonstigen Ausbildungseinrichtungen, u.a. bei Aufnahme- bzw. Aufenthaltsverboten 87

(d) Nicht folgerichtig normierter Dispens vom KiTa-Aufnahmeverbot 89

(e) Nicht folgerichtig normierte Fristen für die Vorlage

von Impfnachweisen 91

(3) Unzumutbarkeit im Hinblick auf die stillschweigende Ausweitung der Impfpflicht durch Kombinationsimpfstoffe 92

(4) Unzumutbarkeit der Pflichtimpfung auch gegen Mumps für Mädchen (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG) 93

II. Elternrecht (Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG) 95

1. Schutzbereich des Grundrechts 95
2. Grundrechtseingriffe 96
3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung, insb. „staatliches Wächteramt“, Verhältnismäßigkeit 98

III. Freizügigkeit (Art. 11 GG) der Kinder und Eltern 102

1. Schutzbereich 102
2. Grundrechtseingriffe 103
3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung 104

IV. Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) 105

V. Gleichheitsrechte der Kinder und Eltern (Art. 3 Abs. 1 GG) 106

1. Maßstab 106
2. Ungleichbehandlungen 106
3. Rechtfertigung 107

VI. Ergebnis 109

D. Verfassungsrechtliche Bewertung der Grundrechtseingriffe zulasten der Ärztinnen und Ärzte 110

I. Art. 12 Abs. 1 GG 110

1. Schutzbereich 110
2. Grundrechtseingriffe (§ 20 Abs. 8 Satz 1, Abs. 9 Satz 1 IfSchG-E) 111
3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung 113

II. Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) 115

1. Maßstab 115
2. Ungleichbehandlung 116
3. Rechtfertigung 117

III. Ergebnis 118

A. Gegenstand, Gang und Grenzen des Gutachtens

Das Gutachten befasst sich mit der Frage, ob die „Impfpflicht“, die das geplante Masern- **1**
schutzgesetz in der Fassung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung[1] vorsieht (zum Begriff „Impfpflicht“ → Randnummer [Rn.] 21 ff.), mit zentralen *Grundrechtsgarantien des Grundgesetzes* (GG) – insbesondere mit dem Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) und dem Elternrecht (Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG), aber auch der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) von Ärztinnen und Ärzten sowie den Gleichheitsrechten von Kindern, Eltern, Ärztinnen und Ärzten (Art. 3 Abs. 1 GG) vereinbar ist. Berücksichtigt wird auch die Stellungnahme der Ausschüsse des Bundesrates zum Gesetzentwurf[2], die Stellungnahme des Bundesrates zum Gesetzentwurf[3] sowie die Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates.[4]

Zur Vermeidung von Missverständnissen sei gleich zu Beginn betont, dass es nicht um die **2**
Verfassungsmäßigkeit des Impfens, sondern um die Frage geht, ob die Impf*pflicht* in der Ausgestaltung des geplanten Masernschutzgesetzes verfassungsgemäß ist.

Die Verfassungsmäßigkeit der Impfpflicht wird im Folgenden insbesondere im Hinblick auf **3**
die Kinder und deren Eltern bestimmt; ferner geht es um Ärztinnen und Ärzte und ihre Einbindung in die Umsetzung der „Impfpflicht“. Kinder[5] im KiTa[6]-Alter – also nicht einwilligungsfähige Minderjährige –[7] stehen im Mittelpunkt der Betrachtungen.

---

[1] BR-Drucks. 358/19 v. 09.08.2019, http://dipbt.bundestag.de25.09/dip21/brd/2019/0358-19.pdf [letzter Abruf am 11.10.2019] = BT-Drucks. 19/13452 v. 23.09.2019, http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/134/1913452.pdf [letzter Abruf am 11.10.2019]. Der Beschluss des Bundeskabinetts erfolgte am 17.07.2019, der Kabinettsentwurf ist abrufbar unter www.bundesgesundheitsministerium.de/impfpflicht.html [letzter Abruf am 11.10.2019].

[2] BR-Drucks. 358/1/19 v. 06.09.2019.

[3] BR-Drucks. 358/19 (Beschluss) v. 20.09.2019.

[4] BT-Drucks. 19/13826 v. 09.10.2019.

[5] Neugeborene sind Kinder bis zum vollendeten 28. Lebenstag, Säugling sind Kinder ab Beginn des 29. Lebenstages bis zum vollendeten 12. Lebensmonat, Kleinkinder sind Kinder ab Beginn des 2. bis zum vollendeten 3. Lebensjahr (vgl. die Unterscheidungen des Einheitlichen Bewertungsmaßstabs [EBM], der in der vertragsärztlichen [„kassenärztlichen“] Versorgung gilt, EBM, I. Allgemeine Bestimmungen, 4.3.5 [Altersgruppen], www.kbv.de/html/online-ebm.php [letzter Abruf am .2019]). – Kinder sind alle Personen, die noch nicht 14 Jahre alt sind, Jugendliche sind mindestens 14jährige Personen, die noch nicht 18 Jahre alt sind (vgl. § 7 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 Achtes Buch Sozialgesetzbuch – Kinder- und Jugendhilfe [SGB VIII]).

[6] KiTa = Kindertageseinrichtung (vgl. § 22 Abs. 1 Satz 1 Achtes Buch Sozialgesetzbuch – Kinder- und Jugendhilfe [SGB VIII]). – Beispielhaft zu den Altersunterscheidungen in KiTas (= Kindertageseinrichtungen) § 3 Abs. 2 Satz 1 Kindertagesförderungsgesetz (KitaFöG) Berlin oder Art. 2 Abs. 1 Satz 2 Bayerisches Kinderbildungs- und -betreuungsgesetz (BayKiBiG).

[7] Derzeit aktuellster Überblick die Einwilligungsfähigkeit Minderjähriger *Valerius* RdJB 2018, 243 ff.

Die Regelungen, die im Folgenden näher betrachtet werden, gehören zu Artikel 1 des geplanten Masernschutzgesetzes, der das Infektionsschutzgesetz (IfSchG) ändert. Diese geplanten Änderungen des IfSchG werden mit dem Kürzel „IfSchG-E“ kenntlich gemacht, wobei das „-E“ – wie im rechtswissenschaftlichen Diskurs üblich – für „Entwurf“ steht. Sofern in diesem Gutachten vom „Masernschutzgesetz“ die Rede ist, sind – soweit sich explizit oder aufgrund des Kontextes nichts anderes ergibt – die geplanten Änderungen des Infektionsschutzgesetzes (IfSchG) gemeint. Wird nur das Kürzel IfSchG verwendet (ohne den Zusatz „-E“), wird auf die derzeit geltende Fassung des IfSchG verwiesen. **4**

Zu den Kindertagesstätten[8] gehören gemäß § 33 IfSchG bzw. § 33 Satz 2 Nr. 1 IfSchG-E auch die Kinderhorte, sie sind „Kindertageseinrichtungen, deren Angebot sich überwiegend an Schulkinder richtet“[9], insbesondere an Grundschulkinder.[10] **5**

Minderjährige Kinder anderen Alters (z.B. der Grundschulpflicht unterliegende Kinder) werden für die verfassungsrechtliche Bewertung nur in den Blick genommen, sofern dies – etwa für die Bewertung etwaiger Ungleichbehandlungen – relevant ist. **6**

Unter „Eltern“ werden die personensorgeberechtigten Personen verstanden, also typischerweise beide sorgeberechtigten Elternteile.[11] Für Personen, denen das Sorgerecht alleine zusteht, gelten die Ausführungen entsprechend. **7**

Was im Sinne des geplanten Masernschutzgesetzes mit „Impfpflicht“ gemeint ist, wird nach- **8**

---

[8] Zu KiTas vgl. § 22 Abs. 1 Satz 1 SGB VIII; Näheres insb. in den §§ 22a-24 SGB VIII sowie in den ergänzenden Regelungen des Landesrechts; zu den §§ 22 ff. siehe die Kommentierungen von *Rixen*, in: Luthe/Nellissen (Hrsg.), juris-Praxiskommentar (jurisPK) SGB VIII, 2. Aufl. 2018, §§ 22-26 SGB VIII.

[9] So zum Hort Art. 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 Bayerisches Kinderbildungs- und -betreuungsgesetz (BayKiBiG); s. bspw. auch § 1 Abs. 1 Nr. 3 Hamburger Kinderbetreuungsgesetz (KibeG): „Tageseinrichtungen dienen der Betreuung, Bildung und Erziehung von Kindern […] nach dem Schuleintritt bis zum vollendeten 14. Lebensjahr (Hort), […].“ § 2 Abs. 5 Satz 1 Kindertagesförderungsgesetz Mecklenburg-Vorpommern (KiföG M-V): „In Horten werden Kinder vom Eintritt in die Schule bis zum Ende des Besuchs der Grundschule gefördert.“ § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Saarländisches Kinderbetreuungs- und -bildungsgesetz (SKBBG): „Tageseinrichtungen für Kinder sind insbesondere […] Kinderhorte für Kinder im Schulalter, […].“

[10] S. etwa § 6 Abs. 1 Satz 1 Bremisches Gesetz zur Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und in Tagespflege (Bremisches Tageseinrichtungs- und Kindertagespflegegesetz – BremKTG): „Tageseinrichtungen für Grundschulkinder sind Horte.“

[11] Vgl. § 1626 Abs. 1, § 1626a Abs. 1, § 1629 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB).

folgend unter B. I. (→ Rn. 21 ff.) erläutert.

Im Fokus des Gutachtens stehen sieben Regelungen bzw. Regelungskomplexe (vgl. → Rn. 33) des geplanten Masernschutzgesetzes, die sachlich aufeinander aufbauen und sich in ihrer Wirkung ergänzen; sie werden im Überblick unter B. II. (→ Rn. 32 ff.) vorgestellt. In Abschnitt C. (→ Rn. 93 ff.) werden die Regelungen zunächst in freiheitsrechtlicher (dazu C. I.-IV., → Rn. 93 ff.), sodann in gleichheitsrechtlicher Perspektive (dazu C. V., → Rn. 294 ff.) näher betrachtet. **9**

In Abschnitt D. (→ Rn. 308 ff.) folgen Ausführungen dazu, ob bzw. inwieweit die die Impfpflicht betreffenden Regelungen des geplanten Masernschutzgesetzes als Eingriff in Grundrechte von Ärztinnen und Ärzten zu bewerten sind. **10**

Schon hier sei betont, dass diese Grundrechtseingriffe nicht nur Fachärztinnen und Fachärzte für Kinder- und Jugendmedizin betreffen, sondern jede Ärztin bzw. jeden Arzt, die bzw. der eine Impfung vornimmt. **11**

Das geplante Masernschutzgesetz will die Befugnis, Impfungen vorzunehmen, auf „jeden Arzt“ bzw. jede Ärztin erstrecken (vgl. § 20 Abs. 4 Satz 1 IfSchG-E) **12**

Impfungen bei (Klein-)Kindern werden üblicherweise von Fachärztinnen und -ärzten für Kinder- und Jugendmedizin sowie von Haus- und Allgemeinärztinnen und -ärzten vorgenommen, so dass es angemessen erscheint, die grundrechtliche Betroffenheit von Ärztinnen und Ärzten insgesamt exemplarisch anhand der Situation von Fachärztinnen und Fachärzten für Kinder- und Jugendmedizin zu erläutern; insbesondere sie sind gemeint, wenn im Folgenden von „Ärztinnen“, „Ärzten“, „Ärztin“ oder „Arzt“ die Rede ist. **13**

Zu den thematischen Grenzen des Gutachtens: **14**

- Nur am Rande – soweit dies im Hinblick auf die bezüglich der KiTas auftauchenden Fragen relevant ist – wird die gemäß § 43 Abs. 1 SGB VIII erlaubnispflichtige Kindertagespflege durch Tagespflegepersonen thematisiert.[12] Da die Tagespflege im Gesetzentwurf als Gemein- **15**

[12] Zur Kindertagespflege vgl. § 22 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII; Näheres insb. in den §§ 22a-24 SGB VIII sowie in den ergänzenden Regelungen des Landesrechts; zu den §§ 22 ff. siehe die Kommentierungen von *Rixen*, in: Luthe/Nellissen (Hrsg.), juris-Praxiskommentar (jurisPK) SGB VIII, 2. Aufl. 2018, §§ 22-26 SGB VIII.

schaftseinrichtung gilt (§ 33 Satz 2 Nr. 2 IfSchG-E), besteht aus Sicht der Kinder und Eltern eine Ähnlichkeit zur Situation in den KiTas, so dass sich, bezogen auf die Kinder und die Eltern, die auf die Situation in den KiTas bezogene Argumentation im Wesentlichen auf die Kindertagespflege übertragen lässt.

- Kein Thema des Gutachtens sind Fragen der religiös oder weltanschaulich motivierten bzw. gewissensbedingten Impfverweigerung. Es handelt sich um ein Thema, das in anderen Ländern weitaus relevanter ist als in Deutschland, wo es – soweit ersichtlich – keine drängende Fragestellung ist. Abgesehen davon würde eine Befassung mit dem Thema „Impfverweigerung“ dem Ausgangspunkt dieses Gutachtens widersprechen, dass nicht das Impfen, sondern die im geplanten Masernschutzgesetz konkret ausgestaltete Impf*pflicht* im Zentrum der Überlegungen steht (→ Rn. 2). **16**

Die Gesetzesbegründung spricht – möglicherweise ohne Problembewusstsein bei der Wortwahl – davon, dass sich Menschen einer Impfung *verweigern*.[13] Das erzeugt den Fehleindruck, dass das Unterlassen einer Impfung immer ein bewusster Akt der Weigerung sei. Weil dem nicht so ist, spricht die Weltgesundheitsorganisation (WHO) von „vaccine hesitancy“ *[Impfzögerlichkeit]* und zählt dazu „reluctance *[Widerwillen]* or refusal *[Ablehnung/Weigerung]* to vaccinate despite the availability of vaccines“.[14] **17**

- Nicht angesprochen wird ferner die grundrechtliche Betroffenheit (etwa unter dem Aspekt der Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG) von KiTas in privater (einschließlich kirchlicher)[15] Trägerschaft oder von Tagespflegepersonen, die erlaubnispflichtige Kindertagespflege anbieten (§ 33 Satz 2 Nr. 2 IfSchG-E). **18**

Die Ausschüsse des Bundesrates äußern „wegen der Vielzahl der privatrechtlichen **19**

[13] BR-Drucks. 358/19, S. 2 (kursive Hervorhebung hinzugefügt): „Wer sich einer Impfung gegen Masern *verweigert*, setzt nicht nur seine eigene Gesundheit einer erheblichen Gefahr aus, sondern erhöht auch das Infektionsrisiko für andere Personen, die zum Beispiel aufgrund ihres Alters oder besonderer gesundheitlicher Einschränkungen nicht geimpft werden können.“

[14] https://www.who.int/emergencies/ten-threats-to-global-health-in-2019 [letzter Abruf am 11.10.2019].

[15] Hier wäre, ggfs. ergänzend zu Art. 12 Abs. 1 GG, an Art. 4 Abs. 1 und 2 GG zu denken; s. hierzu BVerfG, Beschl. v. 17.10.2007 – 2 BvR 1095/05 –, DVBl 2007, 1555, juris, Rn. 59 ff., 72, 78.

Einrichtungsleitungen erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken“[16] und verweisen u.a. auch auf Friktionen zwischen öffentlichem Dienstrecht und persönlicher Bußgeldhaftung von Bediensteten hin.[17]

- Ebenfalls nicht angesprochen wird die grundrechtliche Betroffenheit von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, die z.B. in KiTas oder anderen von den geplanten Regelungen des Masernschutzgesetzes erfassten Einrichtungen[18] (insbesondere auch des Gesundheitswesens)[19] tätig sind. Insbesondere soll hier nicht vertieft werden, ob – wie von der Gesetzesbegründung behauptet –[20] die an Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer adressierte Impfpflicht (nach den geplanten Änderungen des IfSchG) *nicht* mit den Regelungen des Arbeitsschutzrechts, insbesondere den Vorgaben der Verordnung zur arbeitsmedizinischen Vorsorge (ArbMedVV) konfligiert, die gerade *keine* Impfpflicht kennt.[21] **20**

[16] BR-Drucks. 358/1/19, S. 27.

[17] BR-Drucks. 358/1/19, S. 29 a.E.

[18] Das sind einerseits die Einrichtungen des Gesundheitswesens gemäß § 23 Abs. 3 Satz 1 IfSchG (diese Vorschrift wird durch das Masernschutzgesetz nicht geändert, sondern besteht schon jetzt) und andererseits die sog. Gemeinschaftseinrichtungen gemäß § 33 IfSchG-E (insb. Kindertageseinrichtungen und Kinderhorte, Schulen oder Heime); diese Vorschrift wird überwiegend sprachlich-redaktionell, aber in einer Hinsicht auf inhaltlich geändert, weil die Kindertagespflege im Sinne des § 43 Abs. 1 SGB VIII nunmehr ausdrücklich zu den Gemeinschaftseinrichtungen gezählt wird. Ferner ist § 36 Abs. 1 Nr. 4 IfSchG (Einrichtungen zur gemeinschaftlichen Unterbringung von Asylbewerbern, vollziehbar Ausreisepflichtigen, Flüchtlingen und Spätaussiedlern) zu beachten.

[19] S. die Auflistung der Einrichtungen des Gesundheitswesens in § 23 Abs. 3 Satz 1 IfSchG, die in § 20 Abs. 8 Satz 1 Nr. 3, Abs. 9 Satz 1 und Satz 4, Abs. 10 Satz 1, Abs. 12 Satz 1 Nr. 3 IfSchG-E in Bezug genommen wird.

[20] BR-Drucks. 358/19, S. 2, S. 23, insb. S. 28 (mit Hinweis auf die ArbMedVV).

[21] § 6 Abs. 2 Satz 3 und Satz 4 ArbMedVV: „Impfungen sind Bestandteil der arbeitsmedizinischen Vorsorge und den Beschäftigten anzubieten, soweit das Risiko einer Infektion tätigkeitsbedingt und im Vergleich zur Allgemeinbevölkerung erhöht ist. Satz 3 gilt nicht, wenn der oder die Beschäftigte bereits über einen ausreichenden Immunschutz verfügt.“ Weil es sich um ein Angebot handelt, gilt: „Der oder die Beschäftigte kann das Impfangebot annehmen oder ablehnen.“ So Nr. 4.2. Abs. 3 Satz 1 AMR (= Arbeitsmedizinische Regel) 6.5 „Impfungen als Bestandteil der arbeitsmedizinischen Vorsorge bei Tätigkeiten mit biologischen Arbeitsstoffen“.

B. „Impfpflicht“: Die Kinder und Eltern betreffenden Regelungen des geplanten Masernschutzgesetzes im Überblick

I. Zur Verwendung des Begriffs „Impfpflicht“

Die Begründung zum geplanten Masernschutzgesetz verwendet wiederholt die Begriffe „Impfpflicht“[22] bzw. „Masernimpfpflicht“[23]. Der *Deutsche Ethikrat* hat in seiner Stellungnahme „Impfen als Pflicht?“ vom Juni 2019 zu Recht darauf hingewiesen, dass der Begriff „Impfpflicht“ mehrdeutig ist.[24] Bei der Begriffsklärung sind verschiedene Aspekte zu unterscheiden:[25] **21**

- *Adressaten der Pflicht:* Wer soll im Hinblick auf welche Infektionskrankheit (z.B. Masern) auch gegen seinen Willen oder gegen den Willen derer, die – etwa für Minderjährige – den Willen bilden (Eltern), geimpft werden? Wie umfassend (generell) oder selektiv (punktuell) wird der Adressatenkreis definiert? Handelt es sich um eine generelle oder um eine selektive Impfpflicht? Aus welchem Grund werden wie viele Ausnahmen beim Adressatenkreis – und damit hinsichtlich der Reichweite der Impfpflicht – zugelassen? **22**

- *Verantwortung für die Umsetzung der Impfpflicht:* Wer muss (etwa bei nicht-einwilligungsfähigen Kindern) darauf achten, dass die Pflicht zur Impfung umgesetzt wird? **23**

- *Einhaltung der Impfpflicht:* Wie wird die Einhaltung der Impfpflicht sichergestellt? Welche – privaten oder staatlichen – Stellen mithilfe welcher Maßnahmen stellen sicher, dass die Impfpflicht eingehalten wird? **24**

Letztlich geht es bei der Frage nach der Impfpflicht um den Druck, der seitens des Staates aufgebaut wird, um Eltern zu bewegen, die Impfung z.B. gegen Masern zu veranlassen. Hierbei ist zu bedenken, dass sich Druck bzw. Zwang in unterschiedlicher Intensität dosieren lässt. **25**

---

[22] BR-Drucks. 358/19, S. 2, S. 25 a.E., S. 30; s. auch S. 2 a.E.: „verpflichtende Impfung“.

[23] BR-Drucks. 358/19, S. 12; s. auch S. 25: „Masernimpflicht“, richtig: „Masernimpfpflicht“.

[24] *Deutscher Ethikrat*, Impfen als Pflicht? Stellungnahme vom 27.06.2019, S. 35, abrufbar unter https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Stellungnahmen/deutsch/stellungnahme-impfen-als-pflicht.pdf [letzter Abruf am 11.10.2019].

[25] Hierzu auch *Deutscher Ethikrat*, Impfen als Pflicht? Stellungnahme vom 27.06.2019, S. 36, abrufbar unter https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Stellungnahmen/deutsch/stellungnahme-impfen-als-pflicht.pdf [letzter Abruf am 11.10.2019].

So kann der drohende Entzug von Rechtsvorteilen (etwa die Verweigerung eines Kita-Platzes bei fehlender Impfung) in einer konkreten Lebenssituation, in der ohne Kita-Platz die Anforderungen von Familie und Beruf nicht ausbalanciert werden können, für Eltern Grund genug sein, eine Impfung zu veranlassen.[26] Der absehbare Verlust von Rechtsvorteilen, wie etwa der Verlust des Rechtsanspruchs auf einen KiTa-Platz,[27] kann etwa dadurch bewirkt werden, dass der Staat kraft Gesetzes – sei es den KiTa-Trägern, sei es staatlichen Behörden – Befugnisse gewährt, die einzeln oder in der Kumulation den Willen der Eltern, die Impfung nicht oder nicht zu einem bestimmten Zeitpunkt vorzunehmen, beugt (→ Rn. 265).

26 Allgemein gesprochen: Ein Grundrechtseingriff kann auch vorliegen, „wo ein Grundrecht nur unter Inkaufnahme empfindlicher Nachteile, zum Beispiel dem Verzicht auf öffentliche Leistungen, ausgeübt werden kann […]“ (*Dieter Grimm*)[28].

27 Vor diesem Hintergrund ist der Hinweis in der Gesetzesbegründung, trotz der „Regelungen in den neuen Absätzen 8 bis 12“ des § 20 IfSchG-E bleibe „die Freiwilligkeit der Impfentscheidung selbst unberührt“,[29] in der Sache mindestens missverständlich, wenn nicht sogar irreführend. Freiwilligkeit ist kein Alles-oder-Nichts-, sondern ein Mehr-oder-Weniger-Konzept, so dass es auf die Intensität der durch staatliches Gesetz bewirkten Wissensbeeinflussung bzw. -beugung ankommt. Außerdem können sich unterschiedliche Regelungen, die Rechtsnachteile in Aussicht stellen bzw. bewirken, wechselseitig verstärken, so dass in der Summe die Freiheit bzw. Freiwilligkeit derart beeinträchtigt ist, dass mit Blick auf die konkrete Situation der Normadressaten – hier: der Eltern – von einer hinreichend freiwilligen bzw. hinreichend freien Entscheidung nicht mehr gesprochen werden kann. Allein das *Fehlen* von unmittelbarem Zwang, mit dem die Impfpflicht direkt durchgesetzt werden kann (→ Rn. 35 ff.),[30]

---

[26] Hierzu *Deutscher Ethikrat*, Impfen als Pflicht? Stellungnahme vom 27.06.2019, S. 36, abrufbar unter https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Stellungnahmen/deutsch/stellungnahme-impfen-als-pflicht.pdf [letzter Abruf am 11.10.2019].

[27] Dazu die Gesetzesbegründung BR-Drucks. 358/19, S. 28: „Dies“ – Verlust des Rechtsanspruchs auf einen KiTa-Platz oder einen Platz in der Kindertagespflege – „gilt auch im Fall einer Nicht-Wahrnehmung eines Platzes aufgrund des Aufnahmeverbots […].“

[28] *Grimm*, Verfassungsrechtliche Anmerkungen zum Thema Prävention, KritV (= Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft) 1986, 38 (50).

[29] Alle Zitate: BR-Drucks. 358/19, S. 30 (zu § 20 Abs. 14 IfSchG-E); s. auch BR-Drucks. 358/19, S. 2: „Die Durchführung der Schutzimpfung selbst bleibt […] freiwillig.“

[30] BR-Drucks. 358/19, S. 2: „Die Durchführung der Schutzimpfung […] kann nicht durch unmittelbaren Zwang durchgesetzt werden.“ In diesem Sinne auch BR-Drucks. 358/19, S. 25.

schließt nicht aus, dass die Impfpflicht mithilfe indirekteren Drucks bzw. Zwangs durchgesetzt werden kann.

Schon früh wurde in der Debatte zur Impfpflicht unter dem Grundgesetz auf die Relevanz auch „indirekte[r] Zwangseingriffe“[31] hingewiesen. **28**

Auch in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung ist bereits auf Basis des geltenden IfSchG, wenn es um Schulbesuchsverbote wegen einer Maserninfektion geht, von „faktisch-indirekte[m] Impfzwang“[32] die Rede. Auch die Effekte, die der bedrohte Entzug des KiTa-Platzes mit Blick auf die Frage haben kann (→ Rn. 25), ob ein Kind geimpft wird oder nicht, werden in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung schon jetzt gesehen.[33] **29**

In grundrechtlicher Hinsicht ist vor diesem Hintergrund zu klären, ob die „Freiwilligkeit“ – als Synonym für grundrechtliche Freiheit – in noch zumutbarer Weise, also noch verhältnismäßig reduziert wurde. **30**

Diesen Fragen wird näher nachzugehen sein, wenn geprüft wird, inwieweit die Regelungen in Grundrechte eingreifen und ob diese Eingriffe verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden können (→ Rn. 93 ff.). **31**

II. Im Überblick: Sieben Regelungen des Masernschutzgesetzes, soweit sie insbesondere für Kinder und Eltern relevant sind

Im Folgenden werden sieben Regelungen des Masernschutzgesetzes, die insbesondere für Kinder und Eltern relevant sind und die ggfs. (→ Rn. 308 ff.) auch die Grundrechte von Ärztinnen und Ärzten berühren, im Überblick vorgestellt. Eine eingehende Betrachtung des Rege- **32**

---

[31] *E.R. Huber*, Öffentlich-rechtliche Fragen der Polio-Impfung mit Lebend-Vaccinen, Rechtsgutachten (25.11.1961), S. 11 (sub 2.), zitiert nach dem im Niedersächsischen Hauptstaatsarchiv Hannover (Nds. 300 Acc. 50/78 Nr. 77) verfügbaren Exemplar. – In diesem Sinne auch *Knopp*, Die Gesetzgebung über die Schutzimpfung gegen Kinderlähmung, BAnz. 101 v. 26.05.1962, S. 7.

[32] OVG Lüneburg, Urt. v. 03.02.2011 – 13 LC 198/08 –, NdsVBl 2011, 158, juris, Rn. 32. Kritisch zu diesem Argument BVerwG, Urt. v. 22.03.2012 – 3 C 16/11 –, BVerwGE 142, 205, juris, Rn. 28; s. auch VG Weimar, Beschl. v. 14.03.2019 – 8 E 416/19 WE –, juris, Rn. 12 ff.

[33] VG Gera, Beschl. v. 16.04.2019 – 6 E 557/19 –, juris, Rn. 41 ff.

lungsinhalts, der grundrechtsbeeinträchtigenden Wirkung der Regelungen und ihrer (ggfs. fehlenden) verfassungsrechtlichen Rechtfertigung folgt unter C. I. (→ Rn. 93 ff.).

Wenn von sieben Regelungen die Rede ist, dann werden für die Zwecke der anschaulicheren Darstellung, Regelungen, die sachlich weitgehend übereinstimmen als ein zusammenhängender Regelungskomplex dargestellt (vgl. → Rn. 9). **33**

1. Pflicht zum „Aufweisen" von Impfschutz gegen Masern (§ 20 Abs. 8 Satz 1 Nr. 1 und Satz 2 IfSchG-E)

Nach § 20 Abs. 8 Satz 1 Nr. 1 IfSchG-E „müssen" „Personen", die u.a. in einer KiTa betreut werden, „einen nach den Empfehlungen der Ständigen Impfkommission ausreichenden Impfschutz gegen Masern oder eine Immunität gegen Masern aufweisen." „Satz 1 gilt auch, wenn zur Erlangung von Impfschutz gegen Masern ausschließlich Kombinationsimpfstoffe zur Verfügung stehen" (§ 20 Abs. 8 Satz 2 IfSchG-E)." Außerdem gilt eine Ausnahmebestimmung (§ 20 Abs. 8 Satz 3 IfSchG-E): „Satz 1 gilt nicht für Personen, die aufgrund einer medizinischen Kontraindikation nicht geimpft werden können." **34**

> Der Bundesrat empfiehlt, in § 20 Abs. 9 Satz 1 Nr. 2 IfSchG-E solle klargestellt werden, dass für die Frage, ob eine medizinische Kontraindikation vorliege, die diesbezüglichen Angaben in den Empfehlungen der Ständigen Impfkommission (STIKO) maßgeblich seien.[34] Das müsste dann auch für § 20 Abs. 8 Satz 2 IfSchG-E gelten. (S. auch → Rn. 109)

Die Gesetzesbegründung betont im Hinblick auf § 20 Abs. 8 Satz 1 IfSchG-E: **35**

> „Dabei handelt es sich", so die Gesetzesbegründung, „nicht *um eine durch unmittelbaren Zwang durchsetzbare* Pflicht, die *Konsequenzen* eines nicht ausreichenden Impfschutzes beziehungsweise einer nicht ausreichenden Immunität ergeben sich vielmehr aus den Folgeabsätzen."[35] (→ Rn. 27)

---

[34] BR-Drucks. 358/19 (Beschluss), S. 10.

[35] BR-Drucks. 358/19, S. 24/25. – Kursive Hervorhebungen hinzugefügt.

D.h., die Gesetzesbegründung schließt nicht aus, dass es sich um eine (Rechts-)*Pflicht* handelt, sie kann nur nicht als solche mittels unmittelbaren Zwangs durchgesetzt werden (→ Rn. 27). **36**

Unmittelbarer Zwang gehört – neben Ersatzvornahme und Zwangsgeld (das ggfs. zu Ersatzzwangshaft führen kann) – zu den Zwangsmitteln im Verwaltungsrecht.[36] Unmittelbarer Zwang ist insbesondere körperliche Gewalt, also jede unmittelbare körperliche Einwirkung auf Personen oder Sachen.[37] **37**

Dass es sich um eine in Grundrechte eingreifende Pflicht handelt, verdeutlicht auch § 20 Abs. 14 IfSchG-E, der ausdrücklich betont, dass § 20 „Absätze 6 bis 12" IfSchG-E, also auch Abs. 8, das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit einschränken (s. auch → Rn. 101).[38] **38**

2. Pflicht zur Vorlage eines Nachweises gegenüber der KiTa (§ 20 Abs. 9 Satz 1, Abs. 10 Satz 1 i.V.m. Abs. 13 Satz 1 IfSchG-E)

Personen, die bspw. in KiTas betreut werden „sollen" (bzw. ihre Eltern, vgl. § 20 Abs. 13 Satz 1 IfSchG-E) „haben der Leitung der jeweiligen Einrichtung vor Beginn ihrer Betreuung […] folgenden Nachweis vorzulegen", nämlich eine Impfdokumentation (Impfausweis oder Impfbescheinigung, § 22 IfSchG-E) darüber, „dass bei ihnen ein Impfschutz gegen Masern besteht, der den Empfehlungen der Ständigen Impfkommission entspricht" (§ 20 Abs. 9 Satz 1 Nr. 1 IfSchG-E) oder Immunität gegen Masern vorliegt oder wegen medizinischer Kontraindikation nicht geimpft werden kann (§ 20 Abs. 9 Satz 1 Nr. 2 IfSchG-E). **39**

Die Ausschüsse des Bundesrates weisen darauf hin, dass diese Aufgabe an den Einrichtungsträger adressiert werden müsste, da die pädagogischen Kräfte, die die KiTa als Einrichtung des Trägers leiten, für solche Aufgaben nicht die richtigen **40**

[36] Vgl. – nur beispielhaft – die §§ 57 ff., insb. § 62 Verwaltungs-Vollstreckungsgesetzes (VwVG) NRW, denn das IfSchG wird grundsätzlich von den Landesbehörden vollzogen (vgl. allg. Art. 83 GG).

[37] So etwa § 67 Abs. 2 VwVG NRW; dazu auch – mit zahlreichen Nachweisen zu den einschlägigen Gesetzen – statt aller *Schoch*, Polizei- und Ordnungsrecht, in: ders. (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 2018, S. 11 (262 [Rn. 904]).

[38] Die Gesetzesbegründung bestätigt dies, BR-Drucks. 358/19, S. 30 (zu Abs. 14).

Adressaten seien.[39] Nur fehlt dem Einrichtungsträger insofern die nötige Kompetenz in aller Regel ebenfalls.

Die für die Erteilung der Erlaubnis für die Kindertagespflege (§ 43 Abs. 1 SGB VIII zuständige Behörde kann festlegen, dass der Nachweis nach § 20 Abs. 9 Satz 1 IfSchG-E ihr gegenüber erfolgt. **41**

Die für die Umsetzung des IfSchG zuständige Behörde (§ 54 IfSchG) – je nach landesrechtlicher Ausgestaltung muss das nicht zwingend das Gesundheitsamt (§ 2 Nr. 14 IfSchG) sein – kann bestimmen, dass vor der Erstaufnahme von Schülern in die erste Klasse einer allgemeinbildenden Schule der Nachweis nach § 20 Abs. 9 Satz 1 IfSchG-E dem Gesundheitsamt gegenüber zu erbringen ist. **42**

„Gesundheitsamt“ ist die nach Landesrecht für die Durchführung des IfSchG bestimmte und mit einem Amtsarzt besetzte Behörde (so der geltende § 2 Nr. 14 IfSchG).

Die Pflicht nach § 20 Abs. 9 Satz 1, Abs. 13 IfSchG-E gilt nur für Kinder, die ab dem geplanten Inkrafttreten des Gesetzes am 01.03.2020 **43**

Vgl. zum Inkrafttretenszeitpunkt Art. 4 des geplanten Masernschutzgesetzes **44**

eine KiTa besuchen werden. Das ergibt sich im Rückschluss aus § 20 Abs. 10 Satz 1 IfSchG-E: **45**

Diese Bestimmung kennt ebenfalls eine Nachweispflicht, bezieht sie aber nur auf die Personen, „die am Tag des Inkrafttretens dieses Gesetzes bereits in Gemeinschaftseinrichtungen […] betreut werden“[40], wozu auch die KiTas gehören. Allerdings „haben“ die Eltern von Kindern (vgl. § 20 Abs. 13 Satz 1 IfSchG-E), die am 01.03.2020 bereits in einer KiTa betreut werden, diesen Nachweis erst bis zum Ablauf des 31.07.2021 „der Leitung der jeweiligen Einrichtung“ – hier: der KiTa – „vorzulegen“. **46**

[39] BR-Drucks. 358/1/19, S. 13 f., 19.

[40] BR-Drucks. 358/19, S. 28.

Neben den geplanten Regelungen des § 20 Abs. 9 Satz 1, Abs. 10 Satz 1 i.V.m. Abs. 13 Satz 1 IfSchG-E soll der geltende § 34 Abs. 10a Satz 1 bis 4 IfSchG unverändert fortbestehen[41] (zu dieser Bestimmung siehe auch → Rn. 60, 202 f.). Die Bestimmung lautet: **47**

> „[1]Bei der Erstaufnahme in eine Kindertageseinrichtung haben die Personensorgeberechtigten gegenüber dieser einen schriftlichen Nachweis darüber zu erbringen, dass zeitnah vor der Aufnahme eine ärztliche Beratung in Bezug auf einen vollständigen, altersgemäßen, nach den Empfehlungen der Ständigen Impfkommission ausreichenden Impfschutz des Kindes erfolgt ist. [2]Wenn der Nachweis nicht erbracht wird, benachrichtigt die Leitung der Kindertageseinrichtung das Gesundheitsamt, in dessen Bezirk sich die Einrichtung befindet, und übermittelt dem Gesundheitsamt personenbezogene Angaben. [3]Das Gesundheitsamt kann die Personensorgeberechtigten zu einer Beratung laden. [4]Weitergehende landesrechtliche Regelungen bleiben unberührt. **48**

D.h.: Für jedes Kind, das ab dem 01.03.2020 in eine KiTa aufgenommen wird, muss der Nachweis über eine zeitnah vor Aufnahme in die KiTa erfolgte ärztliche Impfberatung erbracht werden. Zugleich muss der Nachweis gemäß § 20 Abs. 9 Satz 1 IfSchG-E erfolgen (Nachweis über Impfung, Immunität oder medizinische Kontraindikation). **49**

3. Kita-Aufnahmeverbot (§ 20 Abs. 9 Satz 4 IfSchG-E)

Die Leitung der jeweiligen Einrichtung (etwa der KiTa) darf eine Person, die keinen Nachweis nach § 20 Abs. 9 Satz 1 IfSchG-E erbringt „und keiner gesetzlichen Schulpflicht unterliegt“, nicht in der jeweiligen Einrichtung (hier: KiTa) aufnehmen (zum Verlust des Anspruchs auf einen KiTa-Platz → Rn. 25 f., 265). D.h., das Kind darf in die KiTa nicht aufgenommen werden, wenn seine Eltern (§ 20 Abs. 13 Satz 1 IfSchG-E) den Nachweis nicht vorlegen. Dieses von der KiTa-Leitung (oder der Leitung einer anderen Einrichtung gemäß § 33 Satz 2 IfSchG-E) umzusetzende „Aufnahmeverbot“[42] (so der in der Gesetzesbegründung ver- **50**

[41] Das ergibt sich z.B. aus § 26 Abs. 2 Satz 4 IfSchG-E, der auf § 34 Abs. 10a IfSchG verweist, dazu BR-Drucks. 358/19, S. 34.

[42] BR-Drucks. 358/19, S. 28 (zu § 20 Abs. 9 IfSchG-E).

wendete Ausdruck) gilt nur für Kinder, die ab Inkrafttreten des Gesetzes (01.03.2020) in die Kita aufgenommen werden sollen.

> Ein Aufenthaltsverbot scheidet aus für Personen, die der gesetzlichen Schulpflicht unterliegen (§ 20 Abs. 9 Satz 4 IfSchG-E).[43]

Die nach Landesrecht zuständige Behörde (§ 54 IfSchG) – nicht zwingend das Gesundheitsamt (→ Rn. 42) – „kann allgemeine Ausnahmen zulassen" (§ 20 Abs. 9 Satz 5 IfSchG-E), also allgemeine Ausnahmen vom Aufnahmeverbot; was damit gemeint ist, wird im Normtext nicht ausgeführt (→ Rn. 244). In der Gesetzesbegründung heißt es:

> „Dies kommt zum Beispiel in Betracht, wenn der erforderliche Impfschutz wegen *Impfstoffmangels* nicht erlangt werden konnte oder eine Aufnahme in eine Einrichtung *unaufschiebbar* ist."[44] (S. auch → Rn. 241) **51**

Ein direkt an die KiTa-Leitung (oder die Leitung einer anderen Gemeinschaftseinrichtung) adressiertes Aufnahme*ver*bot bzw. Aufnahmebeendigungs*ge*bot für am 01.03.2020 bereits in KiTas betreute Kinder sieht das geplante Gesetz *nicht* vor (vgl. § 20 Abs. 10 IfSchG-E).[45] **52**

4. Bußgeldbewehrte Nachweispflicht gegenüber dem Gesundheitsamt (§ 20 Abs. 12 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. Abs. 13 Satz 1 und § 73 Abs. 1a Nr. 7c und Abs. 9 Satz 1 Nr. 1 IfSchG-E)

Nachdem das Gesundheitsamt (§ 2 Nr. 14 IfSchG) über die Nichtvorlage des Nachweises informiert wurde, **53**

> Zu den Datenübermittlungspflichten der Einrichtungen, etwa der KiTa, **54**

[43] In ihrer Gegenäußerung zur Stellungnahme des Bundesrats verweist die Bundesregierung auf § 28 Abs. 2 IfSchG und meint offenbar, der gelte für Aufenthaltsverbote von schulpflichtigen Kindern (BT-Drucks. 19/13826, zu Nr. 10). Das wirft die Frage auf, wieso dann hier eine Ausnahme für schulpflichtige Kinder vorgesehen wird (und ebenso in § 20 Abs. 12 Satz 3 IfSchG-E). Außerdem übersieht dieser Einwand, dass Maßnahmen nach § 20 Abs. 8 ff. IfSchG-E als *Verhütungs*maßnahmen früher ansetzen als *Bekämpfungs*maßnahmen (§§ 28 ff. IfSchG).

[44] BR-Drucks. 358/19, S. 27 (zu § 20 Abs. 9 IfSchG-E). – Kursive Hervorhebungen hinzugefügt.

[45] BR-Drucks. 358/19, S. 28: „[…] die Personen [können] […] weiterhin in der Einrichtung betreut werden […]."

→ Rn. 67 ff. Allerdings kann das Gesundheitsamt die entsprechenden Informationen auch durch „stichprobenartige Kontrollen in solchen Einrichtungen“[46] erlangen.

müssen die Eltern des Kindes (§ 20 Abs. 13 Satz 1 IfSchG-E) dem Gesundheitsamt „auf Anforderung“ durch das Gesundheitsamt diesem „einen Nachweis nach Abs. 9 Satz 1“ – nämlich über die erfolgte Impfung (oder die Immunität oder die medizinische Kontraindikation) – vorlegen, genauer: darüber, „dass bei ihnen ein Impfschutz gegen Masern besteht, der den Empfehlungen der Ständigen Impfkommission entspricht“ (§ 20 Abs. 9 Satz 1 Nr. 1 IfSchG-E). Soweit es um den Verweis auf die „Empfehlungen der Ständigen Impfkommission“ geht, entsprechen sich § 20 Abs. 8 Satz 1 und Abs. 9 Satz 1 Nr. 1 IfSchG-E. **55**

„Auf Anforderung“ bedeutet, die Gesundheitsämter „können“[47] einen Nachweis anfordern, d.h., sie handeln nach pflichtgemäßem Ermessen. **56**

In der Gesetzesbegründung heißt es (zu § 20 Abs. 12 IfSchG-E): **57**

> „Bei der Vorlagepflicht an das Gesundheitsamt handelt es sich um eine durch Verwaltungsvollstreckungsrecht und insbesondere mit Zwangsgeld durchsetzbare Pflicht. Zusätzlich oder alternativ kann ein Bußgeld verhängt werden.“[48] (→ Rn. 27, 35) **58**

Legen die Eltern vorsätzlich oder fahrlässig (unter Verstoß gegen § 20 Abs. 12 Satz 1 i.V.m. § 20 Abs. 13 Satz 1 IfSchG-E) diesen Nachweis dem Gesundheitsamt „nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig“ vor, begehen sie eine Ordnungswidrigkeit, die mit einer Geldbuße (= Bußgeld) bis zu 2.500 Euro geahndet werden kann (§ 73 Abs. 1a Nr. 7c, Abs. 2 IfSchG-E). **59**

---

[46] BR-Drucks. 358/19, S. 29 (zu § 20 Abs. 12 IfSchG-E).

[47] So die Gesetzesbegründung, BR-Drucks. 358/19, S. 29.

[48] BR-Drucks. 358/19, S. 29.

5. Aufforderung (mit vorgeschalteter Ladung zur Beratung) zur Vervollständigung der Impfung (§ 20 Abs. 12 Satz 2 i.V.m. Abs. 13 Satz 1 IfSchG-E)

Legen die Eltern den Nachweis nicht vor oder ergibt sich aus dem Nachweis, dass der Impfschutz gegen Masern erst zu einem späteren Zeitpunkt möglich ist oder vervollständigt werden kann, „kann" (pflichtgemäßes Ermessen)[49] das Gesundheitsamt die zur Vorlage verpflichteten Personen – hier: die Eltern (§ 20 Abs. 13 Satz 1 IfSchG-E) – „zu einer Beratung laden und hat diese zu einer *Vervollständigung* des Impfschutzes gegen Masern aufzufordern" (§ 20 Abs. 12 Satz 2 IfSchG-E). Der Normtext bezieht sich ausdrücklich nur auf die „Vervollständigung des Impfschutzes" (nicht die Herbeiführung eines gänzlich fehlenden Impfschutzes, auf den der fehlende Nachweis hindeuten könnte). Auch die Begründung des Gesetzentwurfs bezieht die Aufforderung nur auf die „Vervollständigung des Impfschutzes […], wenn ein solcher Impfschutz fällig ist […]."[50] **60**

> Die Rechtsnatur dieser Maßnahmen ist nicht ganz klar. Da es sich um Maßnahmen handelt, die (auch) bei Nichtvorlage des Nachweises entgegen einer Anordnung des Gesundheitsamtes greift, dürfte es sich um Maßnahmen handeln, die – sollte das Gesundheitsamt die Anordnung, den Nachweis vorzulegen, nicht zwangsweise durchsetzen – dem Aufenthaltsverbot gemäß § 20 Abs. 12 Satz 3 IfSchG-E vorgeschaltet ist. Insofern wäre „Ladung" als Einladung zu lesen,[51] der nicht entsprochen werden muss (so dass auch die Aufforderung nicht ausgesprochen werden kann) mit der Folge, dass das Gesundheitsamt abwarten muss, ob der Einladung Folge geleistet wird und, falls nein, erst dann ein Aufenthaltsverbot aussprechen darf, s. auch § 20 Abs. 12 Satz 3 IfSchG-E.

---

[49] Hierzu die Gesetzesbegründung, BR-Drucks. 358/19, S. 29: „hat das Gesundheitsamt die Möglichkeit".

[50] BR-Drucks. 358/19, S. 29.

[51] So wird auch die Ladung zur Beratung gemäß § 34 Abs. 10a Satz 3 IfSchG zu verstehen sein, die Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 18/5261, S. 64 a.E.) spricht nicht gegen dieses Verständnis; in der Literatur(zu § 34 Abs. 10a IfSchG) angenommen, dass die Nichtbefolgung der Ladung und/oder der Aufforderung nicht zwangsweise durchgesetzt werden könne, vgl. *Schneider*, SGb 2015, 599 (606), s, allerdings den Bußgeldtatbestand (§ 73 Abs. 1a Nr. 17a IfSchG) bzgl. der Nichtvorlage der Beratungsbescheinigung; zu § 34 Abs. 10a IfSchG → Rn. 47, 202 f.

6. Bußgeldbewehrtes Aufenthaltsverbot für Kinder und Eltern (§ 20 Abs. 12 Satz 3 und Satz 4 i.V.m. Abs. 13 Abs. 1 IfSchG-E)

Das Gesundheitsamt „kann" (pflichtgemäßes Ermessen) gegenüber einer Person, die trotz Aufforderung nach § 20 Abs. 12 Satz 1 und Satz 2 IfSchG-E keinen Nachweis vorlegt, u.a. das in § 34 Abs. 1 Satz 2 IfSchG genannte Verbot erteilen,[52] soweit die Person keiner gesetzlichen Schul- oder Unterbringungsverpflichtung unterliegt (§ 20 Abs. 12 Satz 3 IfSchG-E). Diese Möglichkeit besteht auch hinsichtlich der Kinder, die sich am 01.03.2020 bereits in einer KiTa befinden, allerdings erst nach Ablauf des 31.07.2021 (§ 20 Abs. 10 Satz 1 IfSchG-E), wie die Gesetzesbegründung klarstellt.[53] **61**

In § 34 Abs. 1 Satz 2 IfSchG ist auf der Rechtsfolgenseite, die das Verbot definiert, im Hinblick auf die „Betreuten" – hier: die Kinder – die Rede davon, **62**

> „dass sie die dem Betrieb der Gemeinschaftseinrichtung dienenden Räume nicht betreten, Einrichtungen der Gemeinschaftseinrichtung nicht benutzen und an Veranstaltungen der Gemeinschaftseinrichtung nicht teilnehmen dürfen." **63**

Das ist ein umfassendes Aufenthaltsverbot für die Kinder, aber auch für die Eltern (§ 20 Abs. 13 Satz 1 IfSchG-E), da diese den Aufenthalt der Kinder in der Kita (oder einer anderen Gemeinschaftseinrichtung) praktisch bewirken, indem sie diese – wie in aller Regel – nicht vor der Tür abgeben, sondern in die KiTa-Räumlichkeiten, meist in den Eingangsbereich, begleiten und dort verabschieden bzw. beim Abholen dort wieder begrüßen und mit ihnen sodann die KiTa gemeinsam verlassen (→ Rn. 284). **64**

„Widerspruch und Anfechtungsklage gegen ein vom Gesundheitsamt erteiltes Verbot haben keine aufschiebende Wirkung" (§ 20 Abs. 12 Satz 4 IfSchG-E).[54] Die Grundregel, dass Widerspruch und Anfechtungsklage aufschiebende Wirkung haben,[55] wird aufgehoben. D.h., die **65**

---

[52] Der Gesetzentwurf verweist, soweit es um die in Gemeinschaftseinrichtungen (§ 33 Satz 2 IfSchG-E) arbeitenden Personen geht, auf die umfassenden Tätigkeitsverbote gemäß § 34 Abs. 1 S. 1 IfSchG-E („keine Lehr-, Erziehungs-, Pflege-, Aufsichts- oder sonstige Tätigkeiten ausüben, bei denen sie Kontakt zu den dort Betreuten haben"). Da es im vorliegenden Gutachten nicht um die grundrechtliche Betroffenheit der Personen geht, die in KiTas oder anderen Gemeinschaftseinrichtungen arbeiten (→ Rn. 20), kann diese Variante hier außen vor bleiben.

[53] BR-Drucks. 358/19, S. 28: „Das Gesundheitsamt kann […] nach Absatz 12 weiterverfahren."

[54] Es handelt sich um einen Fall des gesetzlich angeordneten Entfallens der aufschiebenden Wirkung gemäß § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO).

„Verbotsverfügung“[56] ist vollziehbar.[57] Untechnisch gesprochen, wird damit das Verbot unmittelbar „scharf“ gestellt und verpflichtet die Adressaten der Verfügung sofort zu dem Verhalten, dass ihnen die Verbotsverfügung aufgibt, nämlich sich nicht in der KiTa aufzuhalten und auch zu verhindern, dass ihr Kind sich in der KiTa aufhält.

Missachten die Eltern vorsätzlich oder fahrlässig die vollziehbare Anordnung (= Verbotsverfügung) machen sie sich bußgeldpflichtig; die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße (= Bußgeld) bis zu 2.500 Euro geahndet werden (§ 73 Abs. 1a Nr. 7d, Abs. 2 IfSchG-E). **66**

7. Datenübermittlung an das Gesundheitsamt (§ 20 Abs. 9 Satz 6, Abs. 10 Satz 2 IfSchG-E)

Diese Regelungen gestatten in zwei Konstellationen Datenübermittlungen an das Gesundheitsamt: **67**

- § 20 Abs. 9 Satz 6 IfSchG-E: Wenn sich aus dem Nachweis nach § 20 Abs. 9 Satz 1 IfSchG-E ergibt, dass ein Impfschutz gegen Masern erst zu einem späteren Zeitpunkt möglich ist oder vervollständigt werden kann, hat die Leitung der jeweiligen Einrichtung – etwa die Leitung der KiTa – unverzüglich das Gesundheitsamt, in dessen Bezirk sich die Einrichtung – hier: die KiTa – befindet, darüber zu benachrichtigen und dem Gesundheitsamt „personenbezogene Angaben“ zu übermitteln. Welche „personenbezogenen Angaben“ das sind, wird nicht ausdrücklich benannt. Nach dem Zweck der Bestimmung, ein Tätigwerden des Gesundheitsamts zu ermöglichen, dürften Angaben zu den Eltern (§ 20 Abs. 13 Satz 1 IfSchG-E), die den Nachweis zu erbringen haben, und Angaben zu dem Kind, um das es geht, gemeint sein (jeweils Vor- und Zuname, Anschrift, Daten zur Erreichbarkeit [Telefonnummer, E-Mail-Adresse], Angaben zum Inhalt des Nachweises). **68**

- § 20 Abs. 10 Satz 2 IfSchG-E: Diese auf die personenbezogenen Angaben von Kindern und Eltern bezogenen Datenübermittlungspflicht betrifft auch die Konstellation, dass ein Kind bei **69**

---

[55] § 80 Abs. 1 Satz 1 VwGO.

[56] Hinweis auf die „Verbotsverfügungen“ des Gesundheitsamtes im Gesetzentwurf, BR-Drucks. 358/19, S. 4 und S. 18.

[57] Die Eltern können beim zuständigen Verwaltungsgericht (VG) beantragen, dass das VG die aufschiebende Wirkung ganz oder teilweise anordnen möge (§ 80 Abs. 5 VwGO).

Inkrafttreten des Gesetzes am 01.03.2020 bereits in eine KiTa aufgenommen war, allerdings dass die Datenübermittlungspflicht erst nach Ablauf des 31.07.2021 unverzüglich ins Werk gesetzt werden darf; zur Frage, was mit „personenbezogenen Angaben“ gemeint ist, → Rn. 68.

Die Datenübermittlungspflicht des § 20 Abs. 11 Satz 2 IfSchG-E betrifft nur die Heime gemäß § 33 Satz 2 Nr. 4 IfSchG-E und die Einrichtungen gemäß § 36 Abs. 1 Nr. 4 IfSchG („Einrichtungen zur gemeinschaftlichen Unterbringung von Asylbewerbern, vollziehbar Ausreisepflichtigen, Flüchtlingen und Spätaussiedlern“). **70**

8. Zusammenfassende Charakterisierung der sieben Regelungen: ein Regelungskonzept aus Grundpflicht und akzessorischen Einhaltungspflichten

Ein zusammenfassender Blick auf die Regelungen ergibt folgendes Bild: **71**

a) Der Zusammenhang der einzelnen Pflichten: Grundpflicht (Impfpflicht) und akzessorische Einhaltungspflichten

72

Die Pflicht, die Masernimpfung

– oder Immunität bzw. eine medizinische Kontraindikation (vgl. § 20 Abs. 8 Satz 3 i.V.m. Abs. 9 Satz 1 Nr. 2 IfSchG-E) – **73**

„auf[zu]weisen“, bildet die Grundlage der in den Abs. 9 bis 12 folgenden Regelungen, sie ist die – hier so genannte – *Grundpflicht*, nämlich die Impfpflicht, die gebietet, durch eine Impfung Impfschutz herbeizuführen, also sich impfen zu lassen. Die Impfpflicht ist selbst eine (Rechts-)Pflicht (→ Rn. 35 f.) und nicht nur unselbständiger Bestandteil der nachfolgend (in den Abs. 9 bis 12 normierten) Pflichten (siehe dazu insbesondere § 20 Abs. 14 IfSchG-E). **74**

Abs. 11 bezieht sich nicht auf die Gemeinschaftseinrichtungen gemäß § 33 Satz 2 **75**

IfSchG-E, also u.a. auch *nicht* auf KiTas; Abs. 11 kann daher vorliegend außer Betracht bleiben.

Die Absätze 9, 10 und 12 dienen der „Einhaltung“ (so § 20 Abs. 13 Satz 1 IfSchG-E) – oder anders ausgedrückt: der Durchsetzung – der Grundpflicht des § 20 Abs. 8 Satz 1 IfSchG-E, und zwar durch eine Reihe von zur Grundpflicht (Impfpflicht) *akzessorischen* – hier so genannten – *Einhaltungspflichten*, nämlich die Pflichten, **76**

- der KiTa einen *Nachweis* der Impfung vorzulegen (§ 20 Abs. 9 Satz 1 IfSchG-E), **77**

- bei Fehlen des *Nachweises* ein Aufnahmeverbot der KiTa zu dulden (§ 20 Abs. 9 Satz 4 IfSchG-E), **78**

- bei Fehlen des *Nachweises* (ggfs. nach entsprechendem Hinweis der KiTa kraft Datenübermittlungspflichten, → Rn. 67 ff.) eine im Einzelfall angeordnete und ggfs. im Wege der Verwaltungsvollstreckung zwangsweise (→ Rn. 37, 57 f.) durchgesetzte Pflicht zur Vorlage des Nachweises beim Gesundheitsamt (§ 20 Abs. 12 Abs. 1, Abs. 13 Satz 1 IfSchG-E) und ggfs. auch die Verhängung eines Bußgelds (§ 73 Abs. 1a Nr. 7c und Abs. 9 Satz 1 Nr. 1 IfSchG-E) zu dulden, **79**

- bei Missachten der im Einzelfall angeordneten Pflicht zur Vorlage des *Nachweises* gegenüber dem Gesundheitsamt oder bei Vorlage eines Nachweises darüber, dass die Impfung erst später möglich ist oder vervollständigt werden kann, eine Ladung zur Beratung und die Aufforderung, den Impfschutz zu vervollständigen, zu dulden (§ 20 Abs. 12 Satz 2 IfSchG-E), **80**

- bei Nichtvorlage eines *Nachweises* an das Gesundheitsamt in Bezug auf die in Rede stehende KiTa zulasten des Kindes und der Eltern das im Einzelfall angeordnete – sofort vollziehbare und ggfs. im Wege der Verwaltungsvollstreckung zwangsweise (→ Rn. 37, 57 f.) durchgesetzte – Aufenthaltsverbot (§ 20 Abs. 12 Satz 3 i.V.m. Abs. 13 Satz 1 IfSchG-E) und ggfs. auch die Verhängung eines Bußgelds (§ 73 Abs. 1a Nr. 7d, Abs. 2 IfSchG-E) zu dulden. **81**

D.h., die Einhaltungspflichten kreisen um den Begriff des *Nachweises*, so dass der Zusam- **82**

menhang von „Aufweisen“ (Grundpflicht, § 20 Abs. 8 IfSchG-E) und „Nachweis“ (zur Grundpflicht akzessorische Einhaltungspflichten, § 20 Abs. 9 ff. IfSchG-E) genauer betrachtet werden muss.

b) Zusammenhang zwischen „Aufweisen“ und „Nachweisen“: zwei Seiten einer normativen Medaille

Zwischen der Pflicht, Impfschutz gegen Masern „*auf*[zu]weisen“ (§ 20 Abs. 8 Satz 1 IfSchG-E) und der Pflicht, dieses „Aufweisen“ *nach*zuweisen (§ 20 Abs. 9 Satz 1 IfSchG-E), besteht ein *enger, praktisch nicht trennbarer Zusammenhang*: **83**

Da Impfschutz gegen Masern sich nicht von selbst einstellt und insbesondere Kinder ihn nicht selbst herbeiführen können, müssen die Eltern ihn herbeiführen, d.h. sie müssen eine Ärztin oder einen Arzt aufsuchen, der die Impfung vornimmt. D.h., die Pflicht, einen Zustand des Impfschutzes „aufzuweisen“, bedeutet, „über einen Impfschutz verfügen“[58], sich also in einen Zustand des Geimpftseins zu verbringen, und das bedeutet nichts anderes, als sich einer Impfung zu unterziehen.[59] **84**

In einer rechtlich verlässlichen Weise kann der Impfschutz nur „aufgewiesen“ sein, wenn er mittels eines von dem/der impfenden Ärztin/Arzt ausgestellten Nachweises (Impfdokumentation, insb. Impfausweis, § 22 IfSchG-E) dokumentiert ist. Ansonsten würde die bloße Behauptung, Impfschutz erlangt zu haben („aufzuweisen“), genügen – was aber gerade kein verlässlicher, aussagekräftiger Nachweis ist. *Das bedeutet aber, dass ein Aufweisen ohne Nachweisen nicht sinnvoll vorstellbar ist. Wo der Nachweis einer Impfung verlangt wird, wird verlangt, dass die Impfung zuvor erfolgt ist, denn nur dann kann sie nachgewiesen werden.* Es geht, mit anderen Worten, um zwei Seiten einer normativen Medaille. Sie zusammen bilden das *Zentrum des normativen Regelungskonzepts*. **85**

---

[58] So (zu § 1 des Gesetzes über die Pockenschutzimpfung v. 18.05.1976, BGBl. I S. 1216), BT-Drucks. 7/4375, S. 8 (l. Sp. o.). – Dass damit kein Gleichlauf in der Bewertung von Masern und Pocken behauptet werden soll (→ Rn. 174), sei zur Vermeidung von Missverständnissen betont. Es geht nur um die gesetzessprachliche Aussagekraft des IfSchG-E, die mit Blick auf andere auf Impfungen bezogene Gesetze geklärt wird.

[59] Vgl. die Formulierung in § 1 (Reichs-)Impfgesetz v. 08.04.1874 (RGBl. S. 31, aufgehoben durch § 16 Satz 2 des Gesetzes v. 18.05.1976, BGBl. I S. 1216): „Der Impfung mit Schutzpocken soll unterzogen werden: jedes Kind […].“ Vgl. auch die Formulierung in § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 des Gesetzes über die Pockenschutzimpfung v. 18.05.1976 (BGBl. I S. 1216, aufgehoben durch Gesetz v. 24.11.1982, BGBl. I S. 1529): „Einer Pockenschutzimpfung haben sich zu unterziehen: […] Kinder […].“

Der Begriff des „Nachweises“ hat somit eine Schlüsselstellung im (geplanten) Gesetz. In § 20 Abs. 9 Satz 1 IfSchG-E bildet er die Brücke zwischen der Grundpflicht (§ 20 Abs. 8 Satz 1 IfSchG-E) und den weiteren – gerade beim Fehlen des Nachweises anknüpfenden – Pflichten: **86**

Neben dem von der KiTa umzusetzenden Aufnahmeverbot stehen – insbesondere durch die seitens der KiTa zu erfüllenden Datenübermittlungspflichten (→ Rn. 67 ff.) informationell erst ermöglichten – Einzelfallanordnungen des Gesundheitsamts. Sie sind möglich, wenn die Pflicht zum Nachweis gegenüber der KiTa (→ Rn. 39 ff.) und die Pflicht zum Nachweis gegenüber dem Gesundheitsamt (→ Rn. 53 ff.) missachtet werden. Solche Anordnungen des Gesundheitsamtes sind nicht nur Bedingung für den Einsatz von Instrumenten der Verwaltungsvollstreckung (insbesondere des unmittelbaren Zwangs → Rn 37), sondern auch für die Verhängung von Bußgeldern. Immer geht es dabei um den fehlenden Nachweis darüber, dass ausreichender Impfschutz „aufgewiesen“ ist. **87**

Entscheidend ist, dass in dieser gesetztechnisch unübersichtlichen, ja verschachtelten Weise der Druck bzw. der Zwang nach und nach erhöht wird, insbesondere sofern das Gesundheitsamt von seinen Befugnissen Gebrauch macht. Druck bzw. Zwang werden aber auch schon vorher erzeugt, und zwar in dem Sinne, dass insbesondere die Eltern wissen, was auf sie zukommt, sollten sie einen Nachweis nicht vorlegen. Schon dieses Wissen um die drohenden Folgen ist eine freiheitsbeschränkende Vorwirkung der Zwangsbefugnisse nach Art eines Damokles-Schwerts, das jeder Zeit niedersausen kann.[60] Letztlich sollen alle Regelungen, die gebieten, Rechtsnachteile zu dulden, bewirken, dass der Nachweis über die erfolgte Impfung vorgelegt wird, und das setzt voraus, dass das Kind, das in die KiTa aufgenommen werden soll, geimpft wird. **88**

> Die „indirekte Beeinträchtigung der Grundrechte durch Abschreckung“ bzw. Einschüchterung wird als *chilling effect* bezeichnet.[61] Dieser etwa für das Recht auf informationelle Selbstbestimmung der Sache schon früh entwickelte Gedanke[62] passt auch hier.[63] **89**

---

[60] Vgl. – unabhängig von der vorliegenden Thematik – zu Vorwirkungen, die Grundrechtseingriffe sein können, BVerfG, Urt. v. 11.07.2017 – 1 BvR 1571/15 u.a. –, BVerfGE 146, 71, juris, Rn. 109 und insb. Rn. 111: „Die Regelung ist […] dazu geeignet und auch bewusst darauf angelegt, ihre Wirkungen schon im Vorfeld zu entfalten; sie bewirkt damit bereits unmittelbar spürbare Rechtsfolgen […].“

[61] S. nur *Husmann*, Demokratiefeindliche Polizeikostenüberwälzung. Grenzen und Gefahren der Haftbarkeit des Störers, Sicherheit & Recht/Sécurité et Droit 3/2015, 143 (152) mit weit. Nachw.

Zusammengefasst: Die Bestimmungen des § 20 Abs. 8 bis 13 IfSchG-E zerlegen einen aufeinander aufbauenden Prozess zunehmenden Zwangs in verschiedene Teilregelungen. Daher lässt sich der Regelungsmechanismus, den das geplante Gesetz wählt, auf den ersten Blick nicht leicht verstehen. Bei genauerem Hinsehen fällt aber auf, dass die an KiTa (bzw. einen anderen Betreiber einer Gemeinschaftseinrichtung) und Gesundheitsamt adressierten Regelungen, sich das Vorhandensein des Impfschutzes nachweisen zu lassen, die Vornahme der Impfung – im Sinne ihres nachgewiesenen „Aufweisens" – voraussetzen. In diesem Sinne knüpfen die Nachweispflichten sachlich bei der vorgängigen Grundpflicht (→ Rn. 74) des § 20 Abs. 8 IfSchG-E an. Jede auf die Durchsetzung des Nachweises gerichtete Einhaltungspflicht (→ Rn. 76 ff.) knüpft somit *mittelbar* bei der *Grundpflicht* („Impfschutz […] aufweisen", und zwar durch Herbeiführung der Impfung) und der auf sie bezogenen, sachlich weithin deckungsgleichen Nachweispflicht an. **90**

Das aber bedeutet: Wie in einem Kartenhaus muss das Gerüst der aufeinander aufbauenden Regelungen zusammenbrechen, wenn die Grundpflicht – das Fundament – brüchig, also verfassungswidrig ist. Bei der *grundrechtlichen Bewertung* der zur Grundpflicht akzessorischen Einhaltungspflichten muss das berücksichtigt werden (→ Rn. 123 ff.). **91**

Darüber hinaus muss geprüft werden, ob – von der akzessorischen Anknüpfung an die ggfs. verfassungswidrige Grund- und Nachweispflicht abgesehen – die Einhaltungspflichten aus *weiteren* Gründen verfassungswidrig sind. **92**

---

http://www.unifr.ch/ius/assets/files/chaires/CH_Straf_und_Rechtsphilo/files/PDFs/husmann_demokratiefeindliche_polizeikosten-überwälzung_sr_2015_3.pdf [letzter Abruf am 11.10.2019]. – Das Wort „to chill" (kühlen, abkühlen) spielt darauf an, dass sich die Handlungsbereitschaft des/der Grundrechtsinhabers/-inhaberin abkühlt, also er oder sie entmutigt wird.

[62] BVerfG, Urt. v. 15.12.1983 – 1 BvR 209/83 u.a. –, BVerfGE 65, 1 (43), juris, Rn. 148: „Wer nicht mit hinreichender Sicherheit überschauen kann, welche ihn betreffende Informationen in bestimmten Bereichen seiner sozialen Umwelt bekannt sind, und wer das Wissen möglicher Kommunikationspartner nicht einigermaßen abzuschätzen vermag, kann in seiner Freiheit *wesentlich gehemmt* werden, aus eigener Selbstbestimmung zu planen oder zu entscheiden." (Kursive Hervorhebungen hinzugefügt)

[63] „Das Grundrecht dient dabei über das hinaus, was es unmittelbar gewährleistet, auch dem Schutz vor einem Einschüchterungseffekt, […]" (so BVerfG, Beschl. v. 12.04.2005 – 2 BvR 1027/02 –, BVerfGE 113, 29 (46), juris, Rn. 83). „Das Grundrecht dient dabei auch dem Schutz vor einem Einschüchterungseffekt, der entstehen und zu Beeinträchtigungen bei der Ausübung anderer Grundrechte führen kann, […]" (BVerfG, Urt. v. 02.03.2006 – 2 BvR 2099/04 –, BVerfGE 115, 166 (188), juris, Rn. 88); jeweils zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung.

C. Verfassungsrechtliche Bewertung der Grundrechtseingriffe zulasten der Kinder und Eltern

I. Das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) des Kindes

1. Schutzbereich des Grundrechts

Das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit, das – selbstverständlich – auch Kindern zusteht,[64] schützt als subjektives Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe, durch die der Körper oder der Gesundheitszustand eines Menschen beeinträchtigt wird.[65] Insofern gewährt Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG Integritätsschutz für alle Menschen, unabhängig ob sie einen rechtserheblichen Willen bilden oder äußern können. Es handelt sich um ein Menschenrecht, das allen Menschen – unabhängig von der Staatsangehörigkeit – zusteht, z.B. auch Geflüchteten. **93**

Sofern der Schutz der körperlichen Integrität gegenüber staatlich veranlassten Einwirkungen an das Erfordernis gebunden wird, dass gegen den Willen der betroffenen Person gehandelt wird,[66] stellt sich die Frage, ob dies nicht richtigerweise ein Aspekt des sog. Grundrechtsverzichts ist, der den Grundrechtseingriff fortfallen lässt.[67] Sofern das Willenselement zum Grundrechtstatbestand gerechnet wird, ist bei Kindern, sofern sie selbst keinen rechtlich erheblichen Willen bilden und/oder äußern können (im Sinne einer Einwilligung in medizinische Maßnahmen), die Einwilligung der Eltern erforderlich. Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG schützt demgemäß auch vor staatlichen Einwirkungen, die ohne oder gegen den elterlichen Willen erfolgen, der als der Wille des nicht-einwilligungsfähigen Kindes gilt (→ Rn. 103, 260). **94**

---

[64] „Alle in Art. 2 gewährleisteten Grundrechte sind Menschenrechte." *Murswiek/Rixen*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 39. Sie stehen also allen Menschen unabhängig z.B. von Alter oder Staatsangehörigkeit zu.

[65] BVerfG, Urt. v. 24.07.2018 – 2 BvR 309/15 –, BVerfGE 149, 293, juris, Rn. 74: „Auch der Schutz vor Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit und der Gesundheit werden von Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG umfasst […]." S. hierzu etwa auch *Murswiek/Rixen*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 148, 154.

[66] S. dazu etwa *Murswiek/Rixen*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 148; s. ferner bspw. BVerfG, Beschl. v. 23.03.2011 – 2 BvR 882/09 –, BVerfGE 128, 282, juris, Rn. 39, 42.

[67] Allg. zum Grundrechtsverzicht *Merten*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. III, 2009, § 73 Rn. 3 ff., 24 ff., 27 ff.; *Bethge*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 203 Rn. 3 f.; Rn. 91 ff.

Schutzgegenstand des Grundrechts der körperlichen Unversehrtheit ist die Integrität der körperlichen Substanz bzw. des menschlichen Organismus.[68] „Eine schädigende Zielrichtung ist nicht Voraussetzung für das Vorliegen eines Eingriffs in das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit […].“[69] Impfstoffe sind „im […] menschlichen Körper“ (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 Arzneimittelgesetz [AMG]) wirkende Arzneimittel, die zur Erzeugung von spezifischen Abwehr- und Schutzstoffen führen (vgl. § 4 Abs. 4 AMG). Die Masernimpfung führt zu solchen Impfreaktionen, denn injiziert werden – bei einer Impfung mit einem Kombinationsimpfstoff u.a. auch – abgeschwächte, lebende Masernviren (sog. attentuierter Lebendimpfstoff). Sie ahmen die Krankheit (Masern) unter kontrollierten Bedingungen nach, lösen die Krankheit aber nicht aus, sondern führen dazu, dass der Körper Abwehrstoffe, sog. Antikörper, gegen Masern ausbildet.[70] Bei einem späteren Kontakt mit Masernviren fangen diese Antikörper die Viren gleichsam ab, und die Person, die geimpft wurde, erkrankt nicht. Typische, regelmäßig nach wenigen Tagen komplett abklingende Beschwerden nach einer Impfung – als Ausdruck der erwünschten Auseinandersetzung des Immunsystems mit dem Impfstoff – sind Rötung, Schwellungen und Schmerzen an der Impfstelle. Ferner sind Allgemeinreaktionen wie Fieber, Kopf- und Gliederschmerzen sowie Unwohlsein (etwa eine Woche nach der Masernimpfung auftauchend) möglich. Bei etwa fünf von 100 Geimpften kommt es in den ersten drei Tagen nach der Impfung durch die Anregung der körpereigenen Abwehr zu einer Rötung oder Schwellung an der Einstichstelle, die auch schmerzen kann. Gelegentlich schwellen Lymphknoten in der Nähe ebenfalls an. Auch kurzfristige Allgemeinsymptome wie eine leichte bis mäßige Temperaturerhöhung, Kopfschmerzen, Mattigkeit oder Magen-Darm-Beschwerden können auftreten. Bei etwa fünf von 100 Geimpften tritt etwa eine Woche nach der Impfung ein leichter Hautausschlag mit Fieber auf, dies sind die nicht ansteckenden „Impfmasern“. Dass die Impfung, also die Zuführung des Impfstoffs, im Körper bzw. dem menschlichen Organismus zu Reaktionen führt, ist danach offensichtlich. **95**

Die denkbaren unerwünschten Arzneimittelwirkungen (Nebenwirkungen, Impfkomplikationen), die mit der Verwendung der MMR/MMRV-Impfstoffe **96**

---

[68] *Murswiek/Rixen*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 148, 154.

[69] BVerfG, Beschl. v. 23.03.2011 – 2 BvR 882/09 –, BVerfGE 128, 282, juris, Rn. 40.

[70] Hierzu und zum Folgenden *RKI-Ratgeber* „Masern“, https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Merkblaetter/Ratgeber_Masern.html [letzter Abruf am 11.10.2019]; *BZgA*, https://www.impfen-info.de/impfempfehlungen/fuer-kinder-0-12-jahre/masern/ [letzter Abruf am 11.10.2019]; s. auch *Schaks/Krahnert*, MedR 2015, 860 ff.; s. auch *Wichmann/Ultsch*, Bundesgesundheitsblatt 2013, 1260 ff.

also den Kombinationsimpfstoffen für Masern, Mumps, Röteln und Varizellen (Windpocken), MMR bzw. MMRV → Rn. 119

einhergehen können, sind mit dem Adjektiv „äußerst nebenwirkungsarm“[71] nur unvollkommen beschrieben. Die Nebenwirkungen der MMR/MMRV-Impfstoffe sind vorrangig den Reaktionen auf die Masernkomponente zuzuschreiben:[72]

- Fieber (5-15%), Krankheitsgefühl, Fieberkrampf (1:500), Impfmasern
- Allergische Reaktionen (Urtikaria [= Nesselsucht/Nesselfieber], Asthma, anaphylaktischer Schock); schwere Reaktion etwa 1: 5000
- die Autoimmunkrankheit idiopathische thrombozytopenische Purpura, eine die Thrombozyten (Blutplättchen) betreffende Immunkrankheit (1: 20.000-30.000)
- Neurologische Komplikationen (1: 365.000): Sehnerventzündung, Lähmung der Hirnnerven, Guillain-Barré-Syndrom (GBS, ein spezifisches neurologisches Krankheitsbild), Zerebellitis (Entzündung des Zerebellums, eines Teils des Gehirns), Enzephalitis (bleibende Hirnschäden ca. 1: 1,5 Mio).
- In seltenen Fällen kann es, etwa bei stark immungeschwächten Personen, zu Todesfällen kommen. So hat etwa das Paul Ehrlich Institut vor wenigen Jahren von zwei Todesfällen in Deutschland berichtet.[73]

Spezifische Nebenwirkungen gibt es auch nach der Mumps- und Rötelnimpfung, die aus der **97**
Zeit bekannt sind, als es noch Monoimpfstoffe gab und die bei einer Masern-Monoimpfung nicht auftreten.[74] Bei der Mumpsimpfung ist etwa zu denken an Speicheldrüsen-, Bauchspei-

---

[71] *Deutscher Ethikrat*, Impfen als Pflicht? Stellungnahme vom 27.06.2019, S. 15, abrufbar unter https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Stellungnahmen/deutsch/stellungnahme-impfen-als-pflicht.pdf [letzter Abruf am 11.10.2019].

[72] S. hierzu *Mentzer/Meyer/Keller-Stanislawski*, Sicherheit und Verträglichkeit von monovalenten Masern- und kombinierten Masern-, Mumps-, Röteln- und Varizellenimpfstoffen, Bundesgesundheitsblatt 2013, 1253 ff.; *Strebel/Papania et al.*, Measles Vaccines, in: Plotkin et al. (Hrsg.), Plotkin's Vaccines, 7. Aufl. 2018, S. 579 ff.

[73] *Mentzer/Keller-Stanislawski*, Daten zur Pharmakovigilanz von Impfstoffen aus dem Jahr 2014, Bulletin zur Arzneimittelsicherheit – Informationen aus BfArM und PEI, Ausgabe 2/Juni 2016, S, 12 ff., http://www.pei.de/SharedDocs/Downloads/bulletin-einzelartikel/2016-daten-pharmakovigilanz-impfstoffe-2014.pdf?__blob=publicationFile&v=4 [letzter Abruf am 11.10.2019]; s. ferner *Miller/Moro/Cano/Shimabukuro*, Deaths following vaccination: What does the evidence show?, in: Vaccine 33 (2015), S. 3288-3292, hier: S. 3290: „There are at least six case reports of death among severely immunocompromised persons that have been linked tovaccine strain measles virus infection […], including a case of vaccine associated pneumonitis in an immunocompromised person with HIV […] and a case of measles inclusion-body encephalitis in a 21-month-old child with primary immunodeficiency […].”

[74] Näher *Rubin*, Mumps Vaccines, in: Plotkin et al. (Hrsg.), Plotkin's Vaccines, 7. Aufl. 2018, S. 663 ff.; *Reef/Plotkin*, Rubella Vaccines, in: Plotkin et al. (Hrsg.), Plotkin's Vaccines, 7. Aufl. 2018, S. 970 ff.

cheldrüsen- und Hodenentzündungen sowie Innenohrtaubheit, bei der Rötelnimpfung etwa an akute und chronische Arthritis (Gelenkentzündungen).

Soweit es um die unerwünschten Arzneimittelwirkungen (Nebenwirkungen, Impfkomplikationen) geht (s. insb. → Rn. 96), handelt es sich um massive Beeinträchtigungen, allerdings bei regelmäßig sehr hoher Unwahrscheinlichkeit ihres Eintretens, was allerdings über den Eintritt im Einzelfall – wie bei solchen statistischen Wahrscheinlichkeitsaussagen üblich – nichts aussagt. Zu berücksichtigen ist hierbei auch, dass international renommierte Fachorganisationen wie die Cochrane-Collaboration die Sicherheit der Impfstoffe *für unzureichend untersucht halten*, d.h., dass sich über das tatsächliche Ausmaß des Impfrisikos keine abschließenden Aussagen getroffen werden können, weil diese unzureichend untersucht sind: „The design and reporting of safety outcomes in MMR vaccine studies, both pre- and post-marketing, are largely inadequate.“[75] **98**

Diese (statistisch betrachtet niedrigen) Schädigungswahrscheinlichkeiten laufen gewissermaßen bei jeder Impfung unter Anwendung der verfügbaren Impfstoffe mit und haften der Impfung als integritätsbeeinträchtigender Maßnahme immanent an. **99**

2. Grundrechtseingriffe

a) Pflicht zum „Aufweisen von Impfschutz gegen Masern (§ 20 Abs. 8 Satz 1 IfSchG-E) nach Maßgabe der STIKO-Empfehlungen (Grundpflicht)

aa) Pflicht zur Duldung bzw. Hinnahme der Impfung durch das Kind

Die durch ein Gesetz angeordnete Pflicht zum „Aufweisen“ eines Impfschutzes, also – wie dargelegt (→ Rn. 83 ff.) – zur Vornahme einer Masernimpfung, greift in das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit des Kindes (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) ein. Ein Eingriff ist jedes dem Staat zurechenbare Verhalten, dass ein im Schutzbereich liegendes Verhalten verunmöglicht oder erschwert bzw. ein Rechtsgut, dessen Integrität der Schutzbereich bewahren will, **100**

[75] *Demicheli/Rivetti/Debalini/Di Pietrantonj*, Vaccines for measles, mumps and rubella in children, Cochrane Database Syst Rev. 2012 Feb 15;(2):CD004407, https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6458016/ [letzter Abruf am 11.10.2019]. – MMR = Measles, Mumps, Rubella (Röteln), → Rn. 119.

beeinträchtigt.[76] Hier liegt ein „klassischer“ Eingriff vor, denn gerade durch staatliches Gesetz wird die vom Kind zu duldende bzw. hinzunehmende Vornahme einer Impfung zur Pflicht gemacht.

Dass es sich bei § 20 Abs. 8 Satz 1 IfSchG-E um eine Rechtspflicht handelt (→ Rn. 36), streitet auch die Gesetzesbegründung nicht ab, wenn sie, wie erwähnt (→ Rn. 38), in der Begründung zu § 20 Abs. 14 IfSchG-E, der u.a. auch im Hinblick auf Abs. 8 normiert, dass das Grundrecht der körperlichen Unversehrtheit eingeschränkt werde, von der „gesetzliche[n] Verpflichtung zum Vorhandensein von Immunität oder Impfschutz gegen Masern bei den in Absatz 8 genannten Personen“[77] spricht. **101**

Gemäß § 20 Abs. 8 Satz 1 müssen Personen, die in einer Gemeinschaftseinrichtung nach § 33 Satz 2 Nr. 1 bis Nr. 3 IfSchG-E „betreut werden“, einen „nach den Empfehlungen der Ständigen Impfkommission ausreichenden Impfschutz gegen Masern […] aufweisen“, sofern sie keine Immunität gegen Masern aufweisen und keine medizinischen Kontraindikationen bestehen (§ 20 Abs. 8 Satz 3 IfSchG). Wie erläutert (→ Rn. 84 f.), bedeutet „Impfschutz gegen Masern […] aufweisen“, dass die Eltern die Impfung des Kindes veranlassen. Da das Kind für den „Aufweis“ nicht selbst sorgen bzw. die Impfung nicht selbst veranlassen kann, müssen sie die Eltern ins Werk setzen (→ Rn. 84). Was in § 20 Abs. 8 Satz 1 IfSchG-E in sprachlich ungewöhnlicher Weise („Impfschutz […] aufweisen“) umschrieben wird, wird mit Blick auf § 20 Abs. 8 Satz 2 IfSchG-E deutlicher: Es geht – wie es dort ausdrücklich heißt – um die „Erlangung von Impfschutz“, und er wird dadurch erlangt, dass eine Impfung durch eine Ärztin oder einen Arzt durchgeführt wird (→ Rn. 84, 312). **102**

Dies müssen gemäß § 20 Abs. 8 Satz 1 IfSchG-E genaugenommen die in der Gemeinschaftseinrichtung „KiTa“ (§ 33 Satz 2 Nr. 1 IfSchG-E) betreuten Personen – hier: die Kinder – veranlassen. Da sie (als KiTa-Kinder) nicht einwilligungsfähig sind, müssen dies die Eltern tun, deren Willen kraft der elterlichen Sorge als Wille der minderjährigen, nicht-einwilligungsfähigen Kinder gilt (→ Rn. 94, 260). Auch ohne dass § 20 Abs. 8 IfSchG-E in § 20 Abs. 13 Satz 1 IfSchG-E, der die Rolle der Eltern betrifft, genannt würde, ergibt sich dies **103**

[76] Statt vieler *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2009, 313 ff.; *Sachs*, in: Stern, Staatsrecht, Bd. III/2, 1994, § 78; *Bethge*, VVDStRL 57 (1998), S. 7 (38 ff.); *Peine*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. III, 2009, § 57.

[77] BR-Drucks. 358/19, S. 30.

nach den allgemeinen familienrechtlichen Regelungen zur elterlichen Sorge.[78] Die Pflicht zum „Aufweisen" des Impfschutzes gegen Masern beim Kind ist mithin eine *Rechtspflicht zur Herbeiführung der Impfung beim Kind*. Aus Sicht des Kindes und seines Grundrechts auf körperliche Unversehrtheit erweist sich diese Pflicht als *Pflicht zur Duldung bzw. Hinnahme der Impfung*.[79]

bb) Pflicht zur Duldung bzw. Hinnahme einer den STIKO-Empfehlungen entsprechenden Impfung

Der Inhalt der Pflicht, ausreichenden Impfschutz gegen Masern „aufzuweisen", richtet sich **104** nach „den" Empfehlungen der Ständigen Impfkommission (STIKO), soweit sie (auch) die Masern betreffen. Die STIKO[80] ist eine beim Robert Koch-Institut (RKI)[81] bestehende Expertenkommission (→ Rn. 141), die „Empfehlungen zur Durchführung von Schutzimpfungen und zur Durchführung anderer Maßnahmen der spezifischen Prophylaxe übertragbarer Krankheiten [gibt] und […] Kriterien zur Abgrenzung einer üblichen Impfreaktion und einer über das übliche Ausmaß einer Impfreaktion hinausgehenden gesundheitlichen Schädigung [entwickelt]" (§ 20 Abs. 2 Satz 3 IfSchG). „Die Empfehlungen der Kommission werden von dem Robert Koch-Institut den obersten Landesgesundheitsbehörden übermittelt und anschließend veröffentlicht" (§ 20 Abs. 2 Satz 7 IfSchG). „Die obersten Landesgesundheitsbehörden sollen öffentliche Empfehlungen für Schutzimpfungen oder andere Maßnahmen der spezifischen Prophylaxe auf der Grundlage der jeweiligen Empfehlungen der Ständigen Impfkommission aussprechen" (§ 20 Abs. 3 IfSchG).

---

[78] S. nur § 1626 Abs. 1, § 1626a Abs. 1, § 1629 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1 BGB.

[79] In diesem Sinne auch *Schuler-Harms*, SDSRV (Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbands) Bd. 67 (2018), S. 27 (37): „Impfpflichten verpflichten zur Duldung invasiver und nicht selten riskanter Eingriff in die körperliche Unversehrtheit und sind daher Grundrechtseingriffe von erheblichem Gewicht." Außerdem *Sacksofsky/Nowak*, JuS 2015, 1007 (1012); *Deutscher Bundestag/Wissenschaftliche Dienste*, Verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Impfpflicht, WD 3 - 3000 - 019/16, 17.01.2016, S. 3 f., https://www.bundestag.de/resource/blob/413560/40484c918e669002c4bb60410a317057/wd-3-019-16-pdf-data.pdf [letzter Abruf am 11.10.2019]; *Kreßner*, Gesteuerte Gesundheit, 2019, S. 241, S. 313.

[80] Zusf. zu Status und Aufgaben der STIKO sowie zur Entwicklung der Empfehlungen *Koch/Dittmann*, Kinderärztliche Praxis 1999, 350 ff.; *Spiess*, Monatsschrift Kinderheilkunde 2002, 1218 ff.; *Schaade/Widders/Stange/Höhl*, Bundesgesundheitsblatt 2009, 1006 ff.; *Hofmann*, Das Gesundheitswesen 2012, 49 ff.

[81] § 2 Abs. 1 BGA-Nachfolgegesetz (BGA-NachfG): „Im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Gesundheit wird unter dem Namen ‚Robert Koch-Institut' ein Bundesinstitut für Infektionskrankheiten und nicht übertragbare Krankheiten als selbständige Bundesoberbehörde errichtet."

Die Empfehlungen der STIKO sind nicht rechtsverbindliche[82] „allgemeine Leitlinien“[83]. Dass sie vom Bundesgerichtshof (BGH) als medizinischer Standard für die Auslegung des gesundheitsbezogenen Kindeswohls verstanden werden,[84] macht die STIKO-Empfehlungen nicht zu Rechtsnormen, sie wirken nur als Auslegungshilfe. Überdies führt die Qualifizierung als „Standard“ nicht dazu, dass die Empfehlungen gegen medizinische Kritik gleichsam immunisiert wären, denn Standards können sich mit dem Fortgang der Stands der medizinischen Erkenntnisse weiterentwickeln. **105**

Als Empfehlungen haben die STIKO-Empfehlungen den Charakter von Anregungen und Ratschlägen. Sie sind, wie es in der höchstrichterlichen Rechtsprechung heißt, eine „Entscheidungs*hilfe*“[85] für die Landesgesundheitsbehörden, wenn sie öffentlichen Empfehlungen für den Impfbereich abgeben. D.h., die STIKO-Empfehlungen sind primär ein *Rat* an die öffentlichen Landesgesundheitsbehörden,[86] was auch bedeutet, dass die STIKO-Empfehlungen selbst keine „öffentliche Empfehlungen“ im Sinne des § 20 Abs. 3 IfSchG bzw. des Impfschadensrechts (§ 60 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 IfSchG) sind. **106**

D.h., die – nach ihrer im bisher geltenden IfSchG so gewollten Regelungslogik gerade *nicht rechts*verbindlichen – Empfehlungen der STIKO bestimmen im geplanten Masernschutzgesetz den Inhalt der *Rechts*pflicht, Impfschutz aufzuweisen, d.h., diesen durch Impfung herbeizuführen. **107**

Unklar bleibt hierbei, was genau mit „Empfehlungen“ gemeint ist, denn das gesamte Doku- **108**

---

[82] *Pflug*, Pandemievorsorge – informationelle und kognitive Regelungsstrukturen, 2013, S. 166 f.; laut BSG kann unter bestimmten, engen Voraussetzungen an „die Stelle einer […] Impfempfehlung […] der Rechtsschein einer öffentlichen Empfehlung treten, […]“ (BSG, Urt. v. 02.10.2008 – B 9/9a VJ 1/07 R –, SozR 4-3851 § 60 Nr 2, juris, Rn. 18). Das heißt aber nicht, dass Impfempfehlungen generell ein Rechtsschein in dem Sinne zukommt, dass sie als geltendes Recht zu behandeln seien (s. hierzu *Zuck*, MedR 2017, 85 [87 f.]).

[83] *Erdle*, IfSchG, Kommentar, 3. Aufl. 2005, § 20 Erl. 3 und 4, S. 67; s. auch die Begründung zu § 20 Abs. 2 IfSchG, BT-Drucks. 14/2530, S. 71: „Leitlinien“.

[84] BGH, Urt. v.15.02.2000 – VI ZR 48/99 –, BGHZ 144, 1, juris, Rn. 25: „medizinischer Standard“; BGH, Beschl. v. 03.05.2017 – XII ZB 157/16 –, NJW 2017, 2826, juris, Rn. 25: „Die Impfempfehlungen der STIKO sind in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs als medizinischer Standard anerkannt worden.“ S. hierzu auch ThürOLG, Beschl. v. 07.03.2016 – 4 UF 686/15 –, FamRZ 2016, 1175, juris, Rn. 26, wonach die STIKO-Empfehlungen den „allgemeinen Stand medizinischer Wissenschaft“ wiedergeben.

[85] BSG, Urt. v. 20.07.2005 – B 9a/9 VJ 2/04 R –, BSGE 95, 66, juris, Rn. 21. – Kursive Hervorhebung hinzugefügt.

[86] Allg. zur STIKO *Bales/Baumann/Schnitzler*, IfSchG, Kommentar, 2. Aufl. 2003, § 20 Rn. 11, 16 ff.; s. auch – auf die Rechtslage unter dem IfSchG übertragbar – *Schumacher/Meyn*, BSeuchG, Kommentar, 4. Aufl. 1992, Erläuterungen zu § 14, S. 62.

ment der STIKO, auf das die Gesetzesbegründung verweist,[87] ist mit „Empfehlungen der Ständigen Impfkommission beim Robert Koch-Institut“ überschrieben. Demnach könnte das *gesamte* Dokument, jedenfalls soweit es (auch) auf für die Masernimpfung relevant ist, in Bezug genommen worden sein; es enthält z.B. auch Empfehlungen zum „Impfmanagement in der Arztpraxis“ oder „Hinweis zur Schmerz- und Stressreduktion beim Impfen“,[88] also *nicht* nur Vorgaben dazu, in welchem Alter die Impfungen regelmäßig erfolgen sollten.

So sehen dies offenbar auch die Ausschüsse des Bundesrates (s. deren Ausführungen zur Beachtlichkeit der Ausführungen der Empfehlungen hinsichtlich der Kontraindikationen).[89] Hierzu auch → Rn. 34. Die Bundesregierung sieht dies anders und lehnt eine abschließende Aufzählung der Kontraindikationen in den STIKO-Empfehlungen ab, BT-Drucks. 19/13826, zu Nr. 7. **109**

In diesem Zusammenhang sei auch betont, dass nicht klar ist, ob es sich um eine sog. *statische Verweisung* auf die bei Inkrafttreten des Gesetzes oder – was allerdings unüblich wäre – auf die zum Zeitpunkt der Vorlage des Gesetzentwurfs maßgebliche Fassung der STIKO-Empfehlungen handelt. Die Gesetzesbegründung verweist jedenfalls auf eine bestimmte, im Jahre 2018 vorgelegte Fassung der Empfehlungen,[90] die zwischenzeitlich durch Empfehlungen aus dem Jahre 2019 abgelöst wurde. Denkbar wäre auch eine sog. *dynamische Verweisung* auf die jeweils maßgebliche Fassung der Empfehlungen. Nach dem Wortlaut des § 20 Abs. 8 Satz 1 IfSchG-E ist dies nicht ausgeschlossen, obgleich die Worte „jeweils maßgeblichen“ (oder eine in ähnlicher Weise klarstellende Formulierung) im Normtext fehlen. **110**

Vom Problem der statischen bzw. dynamischen Verweisung abgesehen, werden möglicherweise nicht nur die – hier so genannten – *Regel*empfehlungen in Bezug genommen, die die STIKO hinsichtlich der Masernimpfung insbesondere zum Impfalter ausspricht. Danach „sollte“ die „mit einem Kombinationsimpfstoff (MMR-Impfstoff)“ – MMR = Masern, Mumps, Röteln (→ Rn. 119) – durchgeführte Impfung „in der Regel im Alter von 11-14 Monaten“ **111**

[87] BR-Drucks. 358/19, 23, 34, wo auf das Epidemiologische Bulletin Nr. 34/2018 (S. 335 ff.) verwiesen wird.

[88] Epidemiologisches Bulletin Nr. 34/2018, S. S. 354, 355; ebenso Epidemiologisches Bulletin Nr. 34/2019, S. 333, 335.

[89] BR-Drucks. 358/1/19, S. 21.

[90] Epidemiologisches Bulletin Nr. 34/2018, https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Archiv/2018/Ausgaben/34_18.pdf?__blob=publicationFile [letzter Abruf am 11.10.2019] sowie Epidemiologisches Bulletin Nr. 34/2019, https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Archiv/2019/Ausgaben/34_19.pdf?__blob=publicationFile [letzter Abruf am 11.10.2019].

erfolgen „Eine zweite Impfung sollte mit einem Abstand von ≥ 4 Wochen[91] erfolgen, spätestens bis zum 2. Geburtstag, um den frühestmöglichen Impfschutz zu erreichen.“[92]

Möglicherweise sind aber auch die Empfehlungen der STIKO gemeint, die von dieser Regelempfehlung *abweichen*: **112**

„In folgenden Situationen kann die 1. MMR-Impfung unter Berücksichtigung der gegebenen epidemiologischen Situation bereits ab einem Alter von 9 Monaten erfolgen: **113**

- bevorstehende Aufnahme in eine Gemeinschaftseinrichtung

(z. B. Kita);

- nach Kontakt zu Masernkranken.

Sofern die Erstimpfung im Alter von 9 – 10 Monaten erfolgte, muss die 2. MMR-Impfung bereits zu Beginn des 2. Lebensjahres gegeben werden.“[93]

„Für eine MMR-Impfung von Säuglingen unter 9 Monaten fehlen umfassende Daten zur Sicherheit und Wirksamkeit, sodass solche Säuglinge in einem Ausbruchsgeschehen in erster Linie durch Impfungen der Kontaktpersonen in der Umgebung zu schützen sind. Individuelle Risiko-Nutzen-Abwägungen können eine Impfung mit 6 – 8 Monaten ausnahmsweise begründen. Säuglinge, die im Alter von 6 – 8 Monaten geimpft wurden, sollen zum Aufbau einer langfristigen Immunität 2 weitere MMR/V-Impfstoffdosen mit 11 – 14 und 15 – 23 Monaten erhalten.“[94] **114**

Mit anderen Worten: Die „Empfehlungen“ raten nicht die Befolgung einer eindeutigen Verhaltensweise an, sondern sie lassen verschiedene Handlungsoptionen zu. Worauf die Wörter „Empfehlungen der Ständigen Impfkommission“ also genau verweisen, ist also nicht klar. **115**

Folglich muss sich die verfassungsrechtliche Rechtfertigung des § 20 Abs. 8 Satz 1 IfSchG-E mit der Frage befassen, ob die Pflicht mit Blick auf die beschriebenen Unklarheiten infolge **116**

[91] Gemeint ist: vier Wochen oder weniger.

[92] Epidemiologisches Bulletin Nr. 34/2018, S. 348, Nr. 34/2019, S. 327.

[93] Epidemiologisches Bulletin Nr. 34/2018, S. 348, Nr. 34/2019, S. 327.

[94] Epidemiologisches Bulletin Nr. 34/2018, S. 348; Nr. 34/2019, S. 327.

der Verweisung auf die STIKO-Empfehlungen verfassungsrechtlich zu rechtfertigen ist (→ Rn. 126 ff., 133 ff.) und ferner damit, ob die Impfpflicht überhaupt verhältnismäßig ist (→ Rn. 154 ff.).

cc) Pflicht zur Duldung bzw. Hinnahme einer Impfung mit einem Kombinationsimpfstoff und als verkappte unbegrenzte Impfpflicht

Zur Pflicht, die Impfung zu dulden bzw. hinzunehmen, gehört auch die Pflicht, die Impfung mit einem Kombinationsimpfstoff hinzunehmen, wenn „ausschließlich Kombinationsimpfstoffe zur Verfügung stehen“ (§ 20 Abs. 8 Satz 2 IfSchG-E). Nach dem Wortlaut scheint das Zurverfügungstehen von Kombinationsimpfstoffen eine Option neben anderen zu sein.[95] In der Gesetzesbegründung heißt es hingegen, dass „gegenwärtig ausschließlich“[96] Kombinationsimpfstoffe zur Verfügung stünden, ohne dass erläutert würde, wann die mit „gegenwärtig“ bezeichnete Zeitspanne endet. Gemeint ist, da relativierende Formulierungen nicht zu finden sind, ein bis auf Weiteres dauerhaft hinzunehmender Zustand. Der *Deutsche Ethikrat* weist darauf hin, „dass seit 2017 in Deutschland kein Masern-Einzelimpfstoff mehr verfügbar ist.“[97] **117**

Zum Impfstoffmangel im Hinblick auf § 20 Abs. 9 Satz 5 IfSchG-E („allgemeine Ausnahmen“) → Rn. 244. **118**

Das bedeutet aber, dass das geplante Gesetz – regelhaft und entgegen dem Gesetzestitel – nicht nur eine *Masern*impfung gebietet, sondern nach den gegenwärtig verfügbaren MMR- und MMRV-Impfstoffen zudem eine regelhaft obligatorische „Mitimpfung“[98] gegen Mumps, Masern, Röteln (MMR) und ggfs. auch Windpocken, also Varizellen (MMRV); s. hierzu auch die Ausschüsse des Bundesrates („quasi […] Beifang“) → Rn. 152. **119**

---

[95] So an einer Stelle auch die Gesetzesbegründung, BR-Drucks. 358/19, S. 30: „Kombinationsimpfstoffe, die *möglicherweise* ausschließlich zur Verfügung stehen“. – Kursive Hervorhebung hinzugefügt.

[96] BR-Drucks- 358/19, S. 26.

[97] *Deutscher Ethikrat*, Impfen als Pflicht? Stellungnahme vom 27.06.2019, S. 66, abrufbar unter https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Stellungnahmen/deutsch/stellungnahme-impfen-als-pflicht.pdf [letzter Abruf am 11.10.2019].

[98] Den Begriff „Mitimpfung“ verwendet der *Deutsche Ethikrat*, Impfen als Pflicht? Stellungnahme vom 27.06.2019, S. 66, abrufbar unter https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Stellungnahmen/deutsch/stellungnahme-impfen-als-pflicht.pdf [letzter Abruf am 11.10.2019].

Die Ausschüsse des Bundesrats weisen darauf hin, dass z.B. in der Schweiz ein Einfachimpfstoff (= monovalenter bzw. Monoimpfstoff) verfügbar ist.[99] Der – vorgeblich – in Deutschland nur als Dreifach- (MMR) oder Vierfachimpfstoff (MMRV) *ausschließlich* verfügbare Impfstoff führt nach Maßgabe des (geplanten) Gesetzes unter der Hand zu einer Ausweitung der Impfpflicht auf andere Infektionskrankheiten, und zwar nicht nur auf Masern, Mumps, Röten und Windpocken (Varizellen). Das (geplante) Gesetz macht sich hier stillschweigend von dem (in der Gesetzesbegründung nicht einmal ansatzweise angesprochenen) Produktionsverhalten der pharmazeutischen Industrie abhängig (→ Rn. 152).[100] Diese „Risiken durch Marktabhängigkeit" sind seit langem bekannt.[101] Würde die pharmazeutische Industrie aus unternehmerischen Gründen entscheiden, dass sich künftig nur noch die Produktion und der Vertrieb von Kombinationsimpfstoffen lohnt, die über MMR(V) hinaus noch weitere Infektionskrankheiten erfassen, so würde das geplante Gesetz über das Vehikel des eingesetzten Kombinationsimpfstoffs eine dem Grunde nach unbegrenzte Impfpflicht im Hinblick auf andere Erkrankungen gestatten.[102] **120**

D.h., § 20 Abs. 8 Satz 1 IfSchG verpflichtet nicht nur zur Hinnahme bzw. zur Duldung einer Impfung mit dem Kombinationsimpfstoff MMR(V), und damit zu einer Impfung gegen andere Krankheiten als die Masern, sondern darüber hinaus schafft die Vorschrift eine dauerhafte Pflicht zur Hinnahme und Duldung von Impfungen gegen Krankheiten durch Kombinationsimpfstoffe, die neben den Masern eine durch das (geplante) Gesetz nicht begrenzte Vielzahl von Infektionskrankheiten betreffen können. **121**

---

[99] BR-Drucks. 358/1/19, S. 32.

[100] So zutr. BR-Drucks. 358/1/19, S. 32.

[101] *Deutsche Akademie der Naturforscher Leopoldina*, Schutzimpfungen – Chancen und Herausforderungen, 2008, S. 13 – allg. zum Impfstoffmarkt, https://www.leopoldina.org/uploads/tx_leopublication/2008_NatEmpf_Schutzimpfung-DE.pdf [letzter Abruf am 11.10.2019].

[102] BR-Drucks. 358/1/19, S. 32: „faktische Impfpflicht […] für andere Erkrankungen".

b) Akzessorische Einhaltungspflichten (= grundrechtsbeschränkende Folgeeingriffe), die beim fehlenden Nachweis einer Impfung anknüpfen

Auch die akzessorischen Einhaltungspflichten, soweit sie als Nachweispflicht auf die Grundpflicht verweisen oder die „Einhaltung“ (§ 20 Abs. 13 Satz 1 IfSchG-E) bzw. „Erfüllung der […] Nachweispflichten“[103] (und damit indirekt: die Erfüllung der Grundpflicht zur Vornahme der Impfung) bezwecken (→ Rn. 85), greifen in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG ein, denn sie vertiefen bzw. verstärken den Eingriff in die körperliche Unversehrtheit, die das nichteinwilligungsfähige Kind zu dulden hat. Es ist gerade der Zweck dieser akzessorischen Pflichten, die Einhaltung der Nachweispflicht (§ 20 Abs. 9 IfSchG-E) – und somit die mit dem Nachweis untrennbar zusammenhängende Pflicht zum Impfschutz-„Aufweisen“ (→ Rn. 85) – zu bewirken. **122**

Dass diese zur Grundpflicht akzessorischen Pflichten ggfs. auch in weitere Grundrechte eingreifen, ändert nichts daran, dass sie zumindest auch in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG eingreifen (→ Rn. 90 ff.). **123**

Im Folgenden wird – weil es sich bei diesen akzessorischen Pflichten gewissermaßen „nur“ um Folgeeingriffe zu dem grundlegenden Eingriff gemäß § 20 Abs. 8 Satz 1 IfSchG-E handelt (→ Rn. 90), die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Grundpflicht (→ Rn. 84) – bezogen auf Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG – im Vordergrund stehen; die Prüfung der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung der durch die akzessorischen Pflichten ausgelösten zusätzlichen Eingriffe erfolgt sodann ergänzend. **124**

> Die verfassungsrechtswissenschaftliche Debatte über „additive“ bzw. „kumulative“ Grundrechtseingriffe, die bislang weder zu terminologisch noch zu inhaltlich einhelligen Resultaten geführt hat, muss hier nicht aufgegriffen werden.[104] Die in Rede stehenden akzessorischen Einhaltungspflichten sind final darauf ausgerichtet, die Befolgung der Grundpflicht durchzusetzen; darüber hinaus greifen sie ggfs. noch in weitere Grundrechte ein, dazu → Rn. 90. **125**

---

[103] BR-Drucks. 358/19, S. 30.

[104] Ausführlich *Ruschemeier*, Der additive Grundrechtseingriff, 2019; ferner (mit unterschiedlichen Akzenten) *Lücke*, DVBl 2001, 1469; *Klement*, AöR Bd. 134 (2009), 35 ff.; *Winkler*, JA 2014, 881 ff.; *Kaltenstein*, SGb 2016, 365 ff.

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung insb. mit Blick auf die Impfpflicht (Impfschutz aufweisen, § 20 Abs. 8 Satz 1 IfSchG-E)

a) Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG (hinreichend bestimmtes und klares Gesetz)

Gemäß Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG darf in das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit nur aufgrund eines Gesetzes eingegriffen werden. Dieses den Eingriff gestattende Gesetz muss bestimmten allgemeinen Anforderungen entsprechen. Insbesondere muss es dem Gebot der Normenbestimmtheit bzw. Normenklarheit genügen. **126**

Aus dem Rechtsstaatsprinzip folgt – als Aspekt des rechtsstaatlichen Gebots der Rechtssicherheit – das Gebot der Normenbestimmtheit bzw. Normenklarheit: **127**

> „Das Gebot der Normenbestimmtheit und der Normenklarheit […] soll die Betroffenen befähigen, die Rechtslage anhand der gesetzlichen Regelung zu erkennen, damit sie ihr Verhalten danach ausrichten können.“[105] **128**

D.h.: Die oder der **129**

> „Betroffene muss die Rechtslage anhand der gesetzlichen Regelung so erkennen können, dass er [oder sie] sein Verhalten danach auszurichten vermag. Die Anforderungen an die Bestimmtheit und Klarheit der Norm erhöhen sich, wenn die Unsicherheit bei der Beurteilung der Gesetzeslage die Betätigung von Grundrechten erschwert. Soweit die praktische Bedeutung einer Regelung vom Zusammenspiel der Normen unterschiedlicher Regelungsbereiche abhängt, müssen die Klarheit des Normeninhalts und die Voraussehbarkeit der Ergebnisse der Normanwendung gerade auch im Hinblick auf dieses Zusammenwirken gesichert sein […].“[106]

Das bedeutet auch: **130**

---

[105] BVerfG, Urt. v. 26.07.2005 – 1 BvR 782/94, 1 BvR 957/96 –, BVerfGE 114, 1, juris, Rn. 187.

[106] BVerfG, Beschl. v. 03.03.2004 – 1 BvF 3/92 –, BVerfGE 110, 33, juris, Rn. 103. – Eckige Klammer hinzugefügt.

> „Die Rechtsunterworfenen müssen in zumutbarer Weise erkennen können, ob die tatsächlichen Voraussetzungen für die in der Rechtsnorm ausgesprochene Rechtsfolge vorliegen […]. Dabei reicht es aus, wenn sich dies im Wege der Auslegung der einschlägigen Bestimmung mit Hilfe der anerkannten Auslegungsregeln feststellen lässt […].“[107]

Wie oben dargelegt (→ Rn. 119 f.), lässt der Verweis auf die Empfehlungen der STIKO nicht erkennen, ob eine bestimmte oder die je aktuelle Fassung der Empfehlungen gemeint ist, ferner, ob das ganze unter der Überschrift „Empfehlungen“ erschienene Dokument der STIKO in Bezug genommen wird, oder ob nur die – hier so genannten – Regelempfehlungen (→ Rn. 111) oder auch die Empfehlungen gemeint sind, soweit sie im Einzelfall zu prüfende Abweichungen von den Regelempfehlungen erlauben. Die Anwendung der üblichen Auslegungsmethoden hilft hier nicht weiter, weil die Unklarheit aus der unspezifischen Verwendung des Wortes „Empfehlungen“ resultiert, das auf unterschiedliche Bedeutungsvarianten referiert. So wird nicht klar, was genau die Verhaltensanforderungen sind, die die Pflicht, Impfschutz aufzuweisen bzw. diesen nachzuweisen (einschließlich der dazu akzessorischen Einhaltungspflichten) aufgibt. Mittels einer systematischen, teleologischen oder entstehungsgeschichtlichen (insbesondere die Gesetzesbegründung berücksichtigenden) Auslegung lässt sich die Unklarheit nicht beheben. **131**

Schon mangels Vereinbarkeit der Grundrechteingriffe, insbesondere des § 20 Abs. 8 Satz 1 IfSchG-E, mit Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG i.V.m. dem rechtsstaatlichen Bestimmheitsgebot (Art. 20 Abs. 3 GG) resultiert daher die Verfassungswidrigkeit der hier in Rede stehenden Pflichten, namentlich der Impfpflicht (→ Rn. 84, 100) des § 20 Abs. 8 Satz 1 IfSchG-E. **132**

b) Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 (widerspruchsfreies Gesetz) – Die Empfehlungen der SIKO

Zu den Anforderungen, denen das grundrechtsbeschränkende Gesetz genügen muss, gehört auch das Gebot der Widerspruchfreiheit: **133**

[107] BVerfG, Urt. v. 22.11.2000 – 1 BvR 2307/94 u.a. –, BVerfGE 102, 254, juris, Rn. 325 a.E.

„Das Rechtsstaatsprinzip verpflichtet alle rechtsetzenden Organe des Bundes und der Länder, die Regelungen jeweils so aufeinander abzustimmen, daß den Normadressaten nicht gegenläufige Regelungen erreichen, die die Rechtsordnung widersprüchlich machen.“[108] **134**

Der Widerspruch beginnt damit, dass das (geplante) Gesetz in § 20 Abs. 8 Satz 1 IfSchG-E – in nicht hinreichend bestimmter Weise (→ Rn. 126 ff.) – die STIKO-Empfehlungen in Bezug nimmt. Unabhängig davon, was genau von den „Empfehlungen“ als Normbestandteil rezipiert wird, so sind es jedenfalls auch die Regelempfehlungen (→ Rn. 111), wonach die „mit einem Kombinationsimpfstoff (MMR-Impfstoff)“ durchgeführte Impfung „in der Regel im Alter von 11-14 Monaten“ erfolgen „sollte“. Und: „Eine zweite Impfung sollte mit einem Abstand von ≥ 4 Wochen erfolgen, spätestens bis zum 2. Geburtstag, um den frühestmöglichen Impfschutz zu erreichen.“ Dazu → Rn. 113 a.E. **135**

Die „Empfehlungen der Sächsischen Impfkommission zur Durchführung von Schutzimpfungen im Freistaat Sachsen“ (SIKO), die 1991 gegründet wurde, berät das Sächsische Gesundheitsministerium, wenn es öffentliche Empfehlungen für Schutzimpfungen auf der Grundlage der Empfehlungen der STIKO abgibt.[109] D.h., die SIKO arbeitet auf der Grundlage der STIKO-Empfehlungen. Diese sind aber weder für die die SIKO noch für die oberste Landesgesundheitsbehörde (das sächsische Gesundheitsministerium) rechtlich verbindlich, vielmehr sind auch abweichende Empfehlungen gestattet.[110] Auch die SIKO-Empfehlungen sind (wie die STIKO-Empfehlungen) keine Rechtsnormen (→ Rn. 105). **136**

Die SIKO hat Empfehlungen zur Masernimpfung erlassen, die von den STIKO-Empfehlungen abweichen.[111] Zur Erstimpfung heißt es: **137**

---

[108] BVerfG, Urt. v. 07.05.1998 – 2 BvR 1991/95, 2 BvR 2004/9598 –, BVerfGE 98, 106, juris, Rn. 58.

[109] https://www.gesunde.sachsen.de/siko.html [letzter Abruf am 11.10.2019]. – Zu Unterschieden zwischen SIKO- und STIKO-Empfehlungen – allerdings ohne auf die Masern einzugehen – *Deutscher Bundestag/Wissenschaftliche Dienste*, Ständige Impfkommission und Sächsische Impfkommission – Unterschiede in den Impfempfehlungen, WD 9 - 3000 - 102/18, 19.12.2018, https://www.bundestag.de/resource/blob/634378/b0fdad5572bb8abc1a0641927f6cddd0/WD-9-102-18-pdf-data.pdf [letzter Abruf am 11.10.2019].

[110] *Bales/Baumann/Schnitzler*, IfSchG, Komentar, 2. Aufl. 2003, § 20 Rn. 16.

[111] SIKO, Empfehlungen der Sächsischen Impfkommission zur Durchführung von Schutzimpfungen im Freistaat Sachsen (Impfempfehlung E 1) v. 02.09.1993, Stand: 01.01.2019, S. 7; https://www.slaek.de/media/dokumente/02medien/Patienten/gesundheitsinformationen/impfen/E1_2019_Akt_Liste1.pdf [letzter Abruf am 11.10.2019].

„Ab 2. Lebensjahr (ab vollendetem 12. Lebensmonat)“. Zur Zweitimpfung heißt es: „2. MMR-Impfung um den 4. Geburtstag, frühestens zur U8 (46.-48. Lebensmonat), bis spätestens / oder zur Schulaufnahmeuntersuchung“.

Damit weicht die SIKO-(Regel-)Empfehlung von der STIKO-(Regel-)Empfehlung ab, besonders deutlich hinsichtlich der Zweitimpfung.

Für Kinder (bzw. ihre Eltern) mit Wohnsitz in Sachsen führt dies zu Unklarheiten darüber, an welche Empfehlungen sie gebunden sind: Folgen sie den SIKO-Empfehlungen, dann sichert sie das im Falle eines Impfschadens ab, weil nur die auf Anraten der SIKO zustande gekommene Öffentliche Empfehlung der obersten Gesundheitsbehörde (Gesundheitsministerium) insoweit maßgeblich ist[112] (§ 60 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 IfSchG), nicht aber die STIKO-Empfehlung (→ Rn. 106). Andererseits ist das Bundesgesetz zu befolgen, das – wobei das nicht klar ist (→ Rn. 126 ff.) – womöglich nur aufgibt, die Regelempfehlungen (→ Rn. 111) der STIKO umzusetzen. Zwar sind weder die STIKO- noch die SIKO-Empfehlungen Rechtsnormen (→ Rn. 105), aber der Rechtsnormwiderspruch liegt darin, dass einerseits gemäß § 20 Abs. 8 Satz 1 IfSchG-E, andererseits gemäß § 60 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 IfSchG für denselben Sachverhalt unterschiedliche Anforderungen definiert werden, weil inhaltlich abweichende Empfehlungen in Bezug genommen werden. (Die anderen obersten Landesgesundheitsbehörden haben die STIKO-Empfehlungen zu öffentlichen Empfehlungen erklärt.)[113] **138**

[112] Sachsen: Verwaltungsvorschrift des Sächsischen Staatsministeriums für Soziales und Verbraucherschutz über öffentlich empfohlene und zur unentgeltlichen Durchführung bestimmte Schutzimpfungen und andere Maßnahmen der spezifischen Prophylaxe (VwV Schutzimpfungen) v. 7.09.2017 (SächsABl. S. 1239).

[113] Baden-Württemberg: Bekanntmachung des Sozialministeriums über öffentlich .empfohlene Schutzimpfungen v. 06.05.2015 (GABl. S. 277); Bayern: Öffentlich empfohlene Schutzimpfungen (§ 20 Abs. 3 des Infektionsschutzgesetzes) – Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums für Umwelt und Gesundheit v. 24.09.2013 (AllMBl. S. 425); Berlin: Rundschreiben über öffentlich empfohlene Schutzimpfungen und andere Maßnahmen der spezifischen Prophylaxe v. 08.04.2015 (ABl. S. 578); Brandenburg: Öffentlich empfohlene Schutzimpfungen für das Land Brandenburg v. 06.03.2015 (ABl. S. 305); Bremen: Öffentliche Impfempfehlung des Landes Bremen v. 06.03.2018 (ABl. S. 198); Hessen: Öffentliche Empfehlung von Schutzimpfungen in Hessen v. 12.09.2013 (StAnz. 46/2013, S. 1404); Mecklenburg-Vorpommern: Durchführung von Schutzimpfungen in Mecklenburg-Vorpommern (SchutzimpfVV M-V), AmtsBl. 2013, S. 951/AmtsBl. 2018, S. 644; Niedersachsen: Freiwillige Schutzimpfungen nach dem IfSG v. 28.04.2009 (Nds. MBl. 2009, 475); NRW: Öffentliche Empfehlung für Schutzimpfungen, Runderlass des Ministeriums für Arbeit, Gesundheit und Soziales v. 19.10.2009 (MBl. NRW. 2009, S. 455); Rheinland-Pfalz: Öffentlich empfohlene Schutzimpfungen im Sinne des § 20 Abs. 3 des Infektionsschutzgesetzes v. 05.04.2001 (MinBl. S. 309, zuletzt geändert durch Verwaltungsvorschrift vom 06.07.2005, MinBl. S. 238); Saarland: Bekanntmachung über öffentlich empfohlene Schutzimpfungen und andere Maßnahmen der spezifischen Prophylaxe im Saarland v. 24.06.2013 (Amtsbl. II S. 671); Sachsen-Anhalt: Öffentliche Empfehlung von Schutzimpfungen v. 28.02.2012 (MBl. LSA Nr. 9/2012, S. 119); Thüringen: Öffentlich empfohlene Schutzimpfungen des Landes Thüringen gemäß § 20 Abs. 3 des Infektionsschutzgesetzes (ThürStAnz Nr. 50/2014 S. 1914).

Diesem Widerspruch sind nicht nur Kinder bzw. ihre Eltern, die in Sachsen wohnen, ausgesetzt, sondern auch solche Kinder bzw. Eltern, die sich nur zeitweilig in Sachsen aufhalten. Je nachdem, ob sich Kinder außerhalb oder innerhalb Sachsens aufhalten, wäre mal (z.B. für die Erstimpfung) die STIKO-Empfehlung und – soll der Impfschadensschutz gewährleistet sein – mal die SIKO-Empfehlung (z.B. auch nur bei der Zweitimpfung, etwa nach einem Wohnungsumzug nach Sachsen, nachdem die Erstimpfung außerhalb Sachsens erfolgt ist). Das stiftet Verwirrung über das maßgebliche Recht. Das ist mit dem rechtsstaatlichen Gebot der Widerspruchsfreiheit von Gesetzen nicht vereinbar. **139**

Die Verwirrung wird durch die Schutzimpfungs-Richtlinie (SI-RL) des Gemeinsamen Bundesausschusses (G-BA) noch verstärkt, → Rn. 324.

c) Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 Abs. 2 GG (demokratisch legitimiertes Gesetz)

aa) Die Verweisung auf die STIKO-Empfehlungen: die STIKO als eigentlicher Gesetzgeber

Gesetze müssen demokratisch legitimiert sein. D.h., der Inhalt einer Rechtsnorm nach Tatbestand und Rechtsfolge darf dem demokratischen Gesetzgeber nicht nur formal zugerechnet werden.[114] Es muss klar sein, dass dieser die Verantwortung für den Inhalt vollumfänglich übernimmt. Insofern trägt das Parlament nicht nur eine abstrakt-äußerliche Verantwortung dafür, dass die von ihm verabschiedeten Gesetze förmlich auf ihn zurückzuführen sind, sondern es handelt sich um eine konkrete Verantwortung für den Inhalt der Rechtsnorm.[115] Daran fehlt es bei der – erst recht: dynamischen – Verweisung auf Dokumente administrativer Stellen, die – obgleich ihnen die Rechtsnormqualität fehlt – wie Rechtsnormen in Bezug genommen werden und den Inhalt einer Rechtsnorm, etwa eines Gesetzes, wesentlich bestimmen.[116] **140**

---

[114] Vgl. BVerfG, Beschl. v. 29.01.2019 – 2 BvC 62/14 –, NJW 2019, 1201, juris, Rn. 45: „Demokratie […] soll sich nicht in einem rein formalen Zurechnungsprinzip erschöpfen […].“

[115] Allg. zu diesem Zusammenhang BVerfG Urt. v. 30.06.2009 – 2 BvE 2/08 u.a. –, BVerfGE 123, 267, juris, Rn. 175.

[116] Hierzu allg. *Dreier*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Kommentar, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Demokratie) Rn. 118.

Die STIKO ist eine „beim“ (§ 20 Abs. 2 Satz 1 IfSchG) RKI bestehende Kommission (→ Rn. 104). Gemäß § 20 Abs. 2 Satz 4 IfSchG beruft das Bundesministerium für Gesundheit (BMG) die Mitglieder der Kommission – laut STIKO-Geschäftsordnung sind das zwischen 12 und 18 Mitglieder,[117] derzeit sind es 18 – im Benehmen mit den obersten Landesgesundheitsbehörden grundsätzlich alle drei Jahre neu. Es handelt sich um naturwissenschaftliche bzw. medizinische Expertinnen und Experten, die (derzeit) überwiegend an Universitäten im In- und Ausland tätig sind.[118] Ein Mitglied der STIKO „kann“ durch das BMG abberufen werden, wenn Gründe vorliegen, die der Sache auf fehlende Unbefangenheit bzw. Unabhängigkeit hindeuten (näher § 7 Abs. 8 STIKO-Geschäftsordnung). Vertreter des Bundesministeriums für Gesundheit, der obersten Landesgesundheitsbehörden, des Robert Koch-Institutes und des Paul-Ehrlich-Institutes nehmen mit beratender Stimme an den Sitzungen teil (§ 20 Abs. 2 Satz 5 IfSchG). Weitere Vertreter von Bundesbehörden können ebenfalls daran teilnehmen (§ 20 Abs. 2 Satz 6 IfSchG). Die Kommission entscheidet nach dem Stand der Wissenschaft (§ 1 Abs. 3 Satz 1 STIKO-Geschäftsordnung). „Die Mitgliedschaft in der Kommission ist ein persönliches Ehrenamt, das keine Vertretung zulässt. Die Mitglieder sind bei ihrer Tätigkeit nur ihrem Gewissen verantwortlich und zur unparteiischen Erfüllung ihrer Aufgaben verpflichtet“ (so § 2 Abs. 1 Satz 1 und 2 STIKO-Geschäftsordnung). Die Empfehlungen der Kommission werden von dem Robert Koch-Institut den obersten Landesgesundheitsbehörden übermittelt und anschließend veröffentlicht (§ 20 Abs. 1 Satz 7 IfSchG). Das RKI ist zur Veröffentlichung auch dann verpflichtet, wenn es die Empfehlungen inhaltlich nicht mitträgt.[119] „Dem RKI steht es dabei frei, zu den Empfehlungen Stellung zu nehmen.“[120] **141**

Vermittels des § 20 Abs. 8 Satz 1 IfSchG-E werden die Empfehlungen dieser permanent bei einer Bundesoberbehörde eingerichteten Experten- und Expertinnenkommission zu zentralen, inhaltsbestimmenden Bestandteilen einer Rechtsnorm gemacht (Grundpflicht, § 20 Abs. 8 Satz 1 IfSchG-E), die wiederum die Basis für grundrechtsbeschränkende Folgeeingriffe (akzessorische Einhaltungspflichten) bildet. Es spricht viel dafür, dass es der STIKO an der de- **142**

---

[117] Geschäftsordnung der STIKO, Vorbemerkung, https://www.rki.de/DE/Content/Kommissionen/STIKO/Rechtl_Grundlagen/Geschaeftsordnung/geschaeftsordnung_node.html;jsessionid=FE17FF3AE25CAC15EE98B4D51E999AB0.2_cid390#doc2388912bodyText2 [letzter Abruf am 11.10.2019].

[118] Informationen zu den Mitgliedern der STIKO unter https://www.rki.de/DE/Content/Kommissionen/STIKO/Mitgliedschaft/Mitglieder/mitglieder_node.html [letzter Abruf am 11.10.2019].

[119] *Bales/Baumann/Schnitzler*, IfSchG, Kommentar, 2. Aufl. 2003, § 20 Rn. 11.

[120] So die Begründung zu § 20 Abs. 2 IfSchG, BT-Drucks. 14/2539, S. 74.

mokratischen Legitimation mangelt,[121] und zwar ungeachtet der Aussage eines früheren STIKO-Vorsitzenden, die STIKO-Mitglieder unterlägen einer „rigorosen Kontrolle durch das Bundesministerium für Gesundheit“[122]. Jedenfalls dürfte es an der für die demokratische Legitimation gebotenen hinreichenden normativen Vorstrukturierung[123] der Kommissionstätigkeit durch ein (Parlaments-)Gesetz (und nicht bloß durch eine vom BMG genehmigte Geschäftsordnung, vgl. § 20 Abs. 2 Satz 3 IfSchG) fehlen.[124] Die Frage nach der demokratischen Legitimation der STIKO kann indes dahinstehen. Mit den Empfehlungen werden jedenfalls keine Rechtsnormen in Bezug genommen, die ihrerseits in einem demokratisch legitimierten Verfahren erlassen wurden. Dies ist aber eine verfassungsrechtlich zwingende Bedingung (→ Rn. 140). Die in § 20 Abs. 8 Satz 1 (und Abs. 9 Satz 1 Nr. 1) IfSchG-E gewählte Prozedur verunklart die Verantwortungsstränge, verleiht der STIKO praktisch eine Blankovollmacht und entpuppt sich als Entäußerung von Rechtsetzungskompetenzen des parlamentarischen Gesetzgebers.[125]

143 Vor diesem Hintergrund erweist sich die grundrechtsbeschränkende (geplante) Gesetzesbestimmung des § 20 Abs. 8 Satz 1 IfSchG-E (Grundpflicht) – die Voraussetzung für die Nachweispflicht (§ 20 Abs. 9 Satz 1 IfSchG-E) und die akzessorischen Einhaltungspflichten ist – wegen des Verweises auf die STIKO-Empfehlungen als nicht hinreichend demokratisch legitimiertes Gesetz, so dass die (geplante) Gesetzesbestimmung schon deswegen verfassungswidrig ist.

---

[121] *Grüner*, Biologische Katastrophe, 2017, S. 185: „möglicherweise fehlende demokratische Legitimation der STIKO-Mitarbeiter“.

[122] *F. Hofmann*, Die Ständige Impfkommission am Robert Koch-Institut, in: Das Gesundheitswesen 2012, 49 (51); zu seinem Ausscheiden s. das Interview im Deutschen Ärzteblatt 2011, A-363, https://www.aerzteblatt.de/archiv/80995/Interview-mit-Prof-Dr-rer-nat-Dr-med-Friedrich-Hofmann-(Universitaet-Wuppertal)-Ex-STIKO-Vorsitzender-Unmut-hinter-den-Kulissen [letzter Abruf am 11.10.2019].

[123] Vgl. BVerfG, Beschl. v. 24.05.1995 – 2 BvF 1/92 –, BVerfGE 93, 37 (72), juris, Rn. 147: „normativ […] vorstrukturiert“; BVerfG, Urt. v. 31.10.1990 – 2 BvF 3/89 –, BVerfGE 83, 60 (74), juris, Rn. 41: „inhaltlich […] vorstrukturiert“; hierzu *Rixen*, DVBl 2014, 949 (955).

[124] Ob die STIKO das notwendige Maß an demokratischer Legitimation aufweist, wird von *Pflug*, Pandemievorsorge – informationelle und kognitive Regelungsstrukturen, 2013, S. 154 ff., 166 ff. nicht strikt anhand der vom BVerfG formulierten Kriterien geprüft. – Die verfassungsrechtliche Kritik an ähnlichen Kommissionen, die bei anderen Bundesministerien angesiedelt sind, ist hier im Wesentlichen übertragbar, zur Lebensmittelbuchkommission *Rixen*, DVBl. 2014, 949 ff.; dazu, dass nach der demokratischen Legitimation der jeweiligen gesetzlichen Ermächtigung zur Vornahme einer bestimmten Tätigkeit zu fragen ist, BVerfG, Beschl. v. 10.11.2015 – 1 BvR 2056/12 –, BVerfGE 140, 229.

[125] Formulierung weithin in Anlehnung an *Dreier*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Kommentar, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Demokratie) Rn. 118 (konkret zur dynamischen Verweisung).

bb) Die Verweisung auf die STIKO-Empfehlungen im Lichte der Bußgeldandrohung

Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass sich aufgrund der Verweisung auf die STIKO-Empfehlungen auch ein Problem im Hinblick auf das spezielle Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG ergibt, das auch für Bußgeldgesetze gilt.[126] Der Verstoß gegen die Nachweispflicht gemäß § 20 Abs. 12 Satz 1 i.V.m. Abs. 13 IfSchG-E kann mit einem Bußgeld geahndet werden (§ 73 Abs. 1a Nr. 7c IfSchG-E). § 20 Abs. 12 Satz 1 IfSchG-E bezieht sich auf § 20 Abs. 9 Satz 1 Nr. 1 IfSchG-E, der auf die STIKO-Empfehlungen verweist. **144**

In der Rechtsprechung des BVerfG ist geklärt, dass der parlamentarische Gesetzgeber alle wesentlichen Entscheidungen über die Ahndbarkeit selbst treffen muss.[127] Allerdings muss der parlamentarische Gesetzgeber **145**

> „den Tatbestand nicht stets vollständig im förmlichen Gesetz umschreiben, sondern darf auf andere Vorschriften“ – gemeint sind Rechtsvorschriften – „verweisen. Solche Verweisungen sind als vielfach übliche und notwendige gesetzestechnische Methode anerkannt, sofern die Verweisungsnorm hinreichend klar erkennen lässt, welche Vorschriften im Einzelnen gelten sollen, und wenn diese Vorschriften dem Normadressaten durch eine frühere ordnungsgemäße Veröffentlichung zugänglich sind […]. Dabei kann der Gesetzgeber auch auf Vorschriften eines anderen *Normgebers* verweisen; denn eine solche Verweisung bedeutet rechtlich nur den Verzicht, den Text der in Bezug genommenen Vorschriften in vollem Wortlaut in die Verweisungsnorm aufzunehmen […].“[128] **146**

Dabei steigen die Anforderungen an die Bestimmtheit der Umschreibung des ahndbaren Verhaltens im förmlichen Gesetz, wenn auf untergesetzliche Rechtsvorschriften (wie etwa eine Rechtsverordnung) verwiesen wird.[129] **147**

---

[126] BVerfG, Beschl. v. 08.12.2015 – 1 BvR 1864/14 –, NJW 2016, 1229, juris, Rn. 4: „Der Schutz der Vorschrift erstreckt sich auch auf die Ahndung von Ordnungswidrigkeiten ([…] stRspr).“ stRspr = ständige Rechtsprechung.

[127] Vgl. nur BVerfG, Beschl. v. 21.09.2016 – 2 BvL 1/15 –, BVerfGE 143, 38, juris, Rn. 38.

[128] BVerfG, Beschl. v. 21.09.2016 – 2 BvL 1/15 –, BVerfGE 143, 38, juris, Rn. 42. – Kursive Hervorhebung hinzugefügt.

[129] BVerfG, Beschl. v. 06.05.1987 – 2 BvL 11/85 –, BVerfGE 75, 329, juris, Rn. 38.

Was soeben mit Blick auf das allgemeine rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot (→ Rn. 126 ff.) und die Erfordernisse des hinreichend demokratisch legitimierten Gesetzes (→ Rn. 140 ff.) ausgeführt wurde, gilt unter dem Aspekt des Art. 103 Abs. 2 GG in zugespitzter Weise: Die Bußgeldnorm verweist nicht, obgleich dies geboten wäre, auf Rechtsnormen, sondern auf die STIKO-Empfehlungen, die keine Rechtsnormen sind (→ Rn. 105). Das verbietet Art. 103 Abs. 2 GG, wie dargelegt (→ Rn. 146), strikt. **148**

Folglich ist die Bußgeldandrohung des § 73 Abs. 1a Nr. 7c IfSchG-E, die über § 20 Abs. 12 Satz 1, Abs. 3 IfSchG-E bei § 20 Abs. 9 Satz 1 IfSchG-E anknüpft, wegen Verstoßes gegen Art. 103 Abs. 2 GG verfassungswidrig. Auch unter diesem Aspekt ist der Verweis auf die STIKO-Empfehlungen in § 20 Abs. 9 Satz 1 IfSchG-E, der den Verweis auf die STIKO-Empfehlungen in § 20 Abs. 8 Satz 1 IfSchG-E (→ Rn. 143) nur wiederholt, verfassungswidrig. **149**

d) Art. 2 Abs. 2 Satz 3 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG (Wesentlichkeit) – Kombinationsimpfstoffe

Das Gesetz, das gemäß Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG Einschränkungen des Grundrechts der körperlichen Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) legitimieren kann, muss der sog. Wesentlichkeitslehre des BVerfG genügen. Danach gilt: **150**

> „Rechtsstaatsprinzip und Demokratiegebot verpflichten den Gesetzgeber, die für die Grundrechtsverwirklichung maßgeblichen Regelungen im Wesentlichen selbst zu treffen und diese nicht dem Handeln und der Entscheidungsmacht der Exekutive zu überlassen ([…] stRspr). […] Die verfassungsrechtlichen Wertungskriterien sind dabei den tragenden Prinzipien des Grundgesetzes, insbesondere den darin verbürgten Grundrechten zu entnehmen […]. Danach bedeutet *wesentlich im grundrechtsrelevanten Bereich* in der Regel ‚wesentlich für die Verwirklichung der Grundrechte' […]. Als wesentlich sind also Regelungen zu verstehen, die für die Verwirklichung von Grundrechten erhebliche Bedeutung haben […] und sie *besonders intensiv* betreffen […].“[130] **151**

[130] BVerfG, Beschl. v. 21.04.2015 – 2 BvR 1322/12, 2 BvR 1989/12 –, BVerfGE 139, 19, juris, Rn. 52. – stRspr = ständige Rechtsprechung. (Kursive Hervorhebungen hinzugefügt)

Daran fehlt es mit Blick auf § 20 Abs. 8 Satz 1 IfSchG-E, soweit er die Verwendung von Kombinationsimpfstoffen gestattet. **152**

> Dem kann nicht entgegengehalten werden, die derzeitigen STIKO-Empfehlungen bezögen sich nur auf MMR- und MMRV-Impfungen und erklärten implizit nur die entsprechenden Kombinationsimpfstoffe für maßgeblich. Denn, wie dargelegt (→ Rn. 104 ff.), können die STIKO-Empfehlungen geändert werden und sie müssten dabei auch die Verfügbarkeit von Impfstoffen für Schutzimpfungen berücksichtigen; ein wirksamer Schutz gegen die Entgrenzung ist dies nicht.

Wie dargelegt (→ Rn. 120), gestattet diese Bestimmung aufgrund der Abhängigkeit der Impfstoffzusammensetzungen von den Entscheidungen der pharmazeutischen Industrie, dass – ohne dass dies im Wortlaut des Gesetzes (siehe nur die Überschrift „*Masern*schutzgesetz“) deutlich würde – gegen zahlreiche andere Krankheiten geimpft werden kann, wobei – je nach Zusammensetzung des Impfstoffs noch weitere Krankheiten hinzukommen können, was im (geplanten) Gesetz nicht näher definiert wird:

> „Die grundrechtsbeschränkende Wirkung des Gesetzentwurfes wird damit (quasi als Beifang) zumindest auf die Impfung gegen Mumps und Röteln ausgeweitet, ohne dass insoweit die Grundrechtsbeschränkung ausdrücklich geregelt wird.“[131]

Diese Ausweitungs- bzw. Entgrenzungstendenz (→ Rn. 120, 221), die das Grundrecht aus körperliche Unversehrtheit besonders intensiv betrifft (→ Rn. 151 a.E.), steigert die Wesentlichkeitsanforderungen; gemessen daran sind diese massiven Ausweitungsoptionen nicht eindeutig genug geregelt. Daher ist die Regelung wegen Verstoßes gegen Art. 2 Abs. 2 Satz 3 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG (Wesentlichkeit) verfassungswidrig. **153**

[131] BR-Drucks. 358/1/19, S. 32.

e) Verhältnismäßigkeit

aa) Kriterien

Die Verhältnismäßigkeit eines Grundrechtseingriffs setzt voraus, dass mit der gesetzlichen Regelung, die den Grundrechtseingriff bewirkt, ein verfassungsrechtlich legitimer Regelungszweck bzw. – was dasselbe meint – ein verfassungsrechtlich legitimes Regelungsziel verfolgt wird.[132] Hierbei gilt: **154**

> Dem „Gesetzgeber [steht] nicht nur bei der Festlegung der von ihm ins Auge gefassten Regelungsziele, sondern auch bei der Beurteilung dessen, was er zur Verwirklichung dieser Ziele für geeignet und erforderlich halten darf, ein *weiter Einschätzungs- und Prognosespielraum* zu […], der vom Bundesverfassungsgericht je nach der *Eigenart* des in Rede stehenden Sachbereichs, den *Möglichkeiten*, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter nur in begrenztem Umfang überprüft werden kann […]. Bei der *Einschätzung von Gefahren, die der Allgemeinheit drohen*, und bei der *Beurteilung der Maßnahmen*, die der *Verhütung* und Bewältigung dieser Gefahren dienen sollen, ist der Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers *erst überschritten*, wenn die gesetzgeberischen Erwägungen so *fehlsam* sind, dass sie *vernünftigerweise* keine Grundlage für derartige Maßnahmen abgeben können […].“[133] **155**

Das „fehl“ in „fehlsam“ meint, „dass etwas als fehlerhaft, verfehlt oder falsch angesehen wird“[134], u.U. auch deswegen, weil etwas gar nicht gesehen wurde, obgleich es vernünftigerweise,[135] also bei unbefangener Sicht auf die sorgfältig ausgewerteten Informationen zum in Rede stehenden Sachbereich, hätte gesehen werden müssen, weil es sich aufdrängt. In diesem Sinne trifft den Gesetzgeber eine Obliegenheit zur Auseinandersetzung mit den zum jeweili- **156**

---

[132] Zusf. hierzu *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Kommentar, 15. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 116 f.

[133] BVerfG, Urt. v. 16.03.2004 – 1 BvR 1778/01 –, BVerfGE 110, 141, juris, Rn. 66. – Kursive Hervorhebungen hinzugefügt. Anstelle der „Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs“ ist auch von den „Sachgesetzlichkeiten des betreffenden Gebiets“ die Rede, so etwa BVerfG, Beschl. v. 06.10.201987 – 1 BvR 1086, 1468, 1623/82 –, BVerfGE 77, 84 (106), juris, Rn. 75.

[134] Digitales Wörterbuch der deutschen Sprache (DWDS), Affix „fehl-“, https://www.dwds.de/wb/fehl- [letzter Abruf am 11.10.2019].

[135] U.a. zur umgangssprachlichen Bedeutung von „vernünftig“ (im Sinne von „wie man es erwartet, ordentlich, angemessen, gut“) Digitales Wörterbuch der deutschen Sprache (DWDS), Adjektiv „vernünftig“, https://www.dwds.de/wb/vernünftig [letzter Abruf am 11.10.2019].

gen Regelungsproblem verfügbaren fachlichen Informationen und Einschätzungen, die nicht (selektiv) beachtet oder ignoriert werden dürfen. Das bedeutet nicht, dass der Gesetzgeber verpflichtet wäre, seine Erwägungen in der Gesetzesbegründung vollständig aufzuführen, er kann die Erwägungen, die seine Gefahreinschätzung und die Beurteilung der gewählten Maßnahmen zur Verhütung einer Gefahr geleitet haben, auch noch in einem Verfahren vor dem BVerfG vortragen.[136] Allerdings muss er sich zunächst einmal an den Erwägungen festhalten lassen, die er in der Gesetzesbegründung vorträgt, zumal damit das Grundgerüst seiner Erwägungen (selbst wenn diese, etwa vor dem BVerfG ergänzt werden) vorgegeben ist. Der weite Einschätzungs- und Prognosespielraum des Gesetzgebers ist also kein „Freifahrtschein" bzw. keine „Blankovollmacht" für tatsächliche Annahmen ins Blaue hinein, sondern verpflichtet zu einer seriösen Ermittlung der relevanten Realitäts- bzw. Wirkungsannahmen, die umso ernster zu nehmen ist, je intensiver in Grundrechte eingegriffen wird.

bb) Verfassungsrechtlich legitimes Ziel

(1) Drittnütziger Gemeinschaftsschutz (einschl. Individualschutz)

Das Masernschutzgesetz verfolgt einerseits das Ziels *Individualschutzes*, der sich in erster Linie, aber eben nicht nur an vulnerable Personen richtet, und andererseits das Ziel des *Gemeinschaftsschutzes*, der sich an die *gesamte* Bevölkerung richtet. Hierzu die Gesetzesbegründung: **157**

> „Ziel des Gesetzes ist es, einen besseren *individuellen Schutz insbesondere*" – aber eben nicht nur – „von *vulnerablen Personengruppen* sowie einen *ausreichenden Gemeinschaftsschutz vor Maserninfektionen* zu erreichen"[137], und zwar nur durch „möglichst lückenlosen Impfschutz *in der Bevölkerung*"[138]. Weiter heißt es: **158**

> „Impfungen gegen Masern bieten einen vorbeugenden Schutz gegen eine Maserninfektion. Sie schützen nicht nur das Individuum gegen die Erkrankung (Individu- **159**

[136] Vgl. allg. hierzu nur BVerfG, Urt. v. 21.07.2015 – 1 BvF 2/13 –, BVerfGE 140, 65, juris, Rn. 33.

[137] BR-Drucks. 358/19, S. 1 f. – Kursive Hervorhebungen hinzugefügt.

[138] BR-Drucks. 358/19, S. 23. – Kursive Hervorhebungen hinzugefügt.

alschutz), sondern sie können gleichzeitig die Weiterverbreitung der Krankheit *in der Bevölkerung* verhindern, wenn die *in der Bevölkerung erreichte Impfquote* hoch genug ist (Gemeinschaftsschutz).“[139]

„Es besteht […] ein hohes öffentliches Interesse daran, dass *die Bevölkerung* einen den Empfehlungen der STIKO entsprechenden Impfschutz hat.“[140] **160**

Dabei spezifiziert der Gesetzentwurf die Gefahrenlage, indem er feststellt: **161**

„Aktuelle Masernausbrüche verdeutlichen, dass *in der Bevölkerung* noch *Impflücken* bestehen, die der Erreichung der für eine Elimination der Masern erforderlichen Impfquote entgegenstehen.“[141] **162**

Als Grund für diese Lücken werden unterschiedliche Gründe genannt, die sich generell auf (nicht näher unterschiedene) „Personen“ beziehen, aus denen die Bevölkerung besteht.[142] **163**

D.h.: Der – ausbaubedürftige – Gemeinschaftsschutz (die sog. Herdenimmunität) wird auf Impflücken zurückgeführt, weshalb die Impfquote in der Bevölkerung angehoben werden muss. Denn: „Um die Zirkulation von Masern zu verhindern, ist bei mindestens 95 Prozent der Bevölkerung Immunität erforderlich.“[143] (S. hierzu auch → Rn. 190 f.) **164**

Das bedeutet: Verfolgt wird das (Zwischen-)Ziel, Impflücken zu schließen, um damit – als Hauptziel – den Gemeinschaftsschutz bzw. (was synonym gemeint ist) den „Schutz der öffentlichen Gesundheit“[144] zu erreichen, verstanden als den durch die Impfung der Individuen vermittelten Schutz. So gesehen, ist der Individualschutz also nur ein Zwischenschritt auf dem **165**

---

[139] BR-Drucks. 358/19, S. 24. – Kursive Hervorhebungen hinzugefügt.

[140] BR-Drucks. 358/19, S. 24. – Kursive Hervorhebungen hinzugefügt.

[141] BR-Drucks. 358/19, S. 24. – Kursive Hervorhebungen hinzugefügt.

[142] BR-Drucks. 358/19, S. 24: „Die Gründe, warum Personen die medizinisch erforderlichen Schutzimpfung nicht oder – insbesondere hinsichtlich der zweiten Impfung zur Grundimmunisierung im Kindesalter bis zum Ende des zweiten Lebensjahres – zu spät erhalten, so dass Impflücken und Infektionsketten entstehen, sind vielfältig. So sind manchen, insbesondere nach 1970 geborenen Personen die Vorteile eines ausreichenden Impfschutzes nicht bekannt. Andere haben die empfohlene Vervollständigung des Impfschutzes vergessen oder aufgrund Unsicherheit aufgeschoben. Teilweise besteht auch eine skeptische und kategorisch ablehnende Haltung gegenüber Impfungen.“

[143] BR-Drucks. 358/1/19, S. 1.

[144] BR-Drucks. 358/19, S. 2.

Weg zur Herstellung des Gemeinschaftsschutzes, weil der Schutz der Individuen in ihrer Gesamtheit Gemeinschaftsschutz schafft. Damit hat die Impfung auch eine drittnützige Wirkung.[145] Sie kommt also nicht nur dem/der Geimpften zugute, sondern anderen Menschen, die von der staatlich (der Staat sozusagen als zweiter Akteur) angeordneten Impfpflicht profitieren.

Als ergänzendes Ziel des Gemeinschutzes wird auf die Elimination[146] der Masern verwiesen, die sich gewissermaßen als Nebeneffekt einer hohen Impfquote und einer damit bewirkten hohen Herdenimmunitätsschwelle (Gemeinschaftsschutz) einstellt.[147] Hierbei handelt es sich genaugenommen um einen mitlaufenden Ferneffekt bzw. einen unselbständigen Nebenaspekt des Ziels „Gemeinschaftsschutz“. **166**

(2) Bekämpfung der Seuchengefahr als Variante der Gefahrenvorsorge (Risikovorsorge)

Das (Haupt-)Ziel des Gemeinschaftsschutzes lässt sich Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG zuordnen, wonach der Staat – das ist in der ständigen Rechtsprechung des BVerfG geklärt – verpflichtet ist, sich schützend und fördernd vor Leben und körperliche Unversehrtheit zu stellen.[148] Dies lässt sich mit einem Verweis auf das Sozialstaatsprinzip verbinden, denn in der Rechtsprechung des BVerfG ist ebenfalls geklärt, dass der „Schutz der Bevölkerung vor dem Risiko der Erkrankung […] in der sozialstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes eine Kernaufgabe des **167**

[145] Vgl. in diesem Zusammenhang zur Dritt- bzw. Fremdbezogenheit der individuellen Entscheidung gegen die Impfung *Gassner*, Impfzwang und Verfassung: Mit Macht gegen Masern?, Legal Tribune Online (LTO) v. 10.07.2013, https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/masern-impfzwang-bahr/ [letzter Abruf am 11.10.2019].

[146] „Die Elimination der Masern und Röteln wird von der WHO definiert als eine Unterbrechung einer endemischen Masern- oder Rötelntransmission über einen Zeitraum von mindestens 36 Monaten nach dem letzten Auftreten eines endemischen Falles in einer geografischen Region. Eine endemische Transmission bezeichnet das Auftreten einer kontinuierlichen Infektionskette der Masern- oder Röteln in Deutschland über eine Zeitraum von 12 Monaten oder länger. Als Indikator für einen Fortschritt hinsichtlich der Erreichung der Elimination gilt eine Masern- oder Rötelninzidenz von unter 1 Fall pro 1.000.000 Einwohner.“ *Robert Koch-Institut (RKI)*, Elimination der Masern und Röteln, https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/Impfen/Praevention/elimination_04.html [letzter Abruf am 11.10.2019].

[147] Wenn die Gesetzesbegründung meint, die Elimination sei das von der WHO „vorgegebene […] Ziel“ (BR-Drucks. 358/19, S. 2; s. dazu auch S. 19, S. 24), dann ist das kein mit rechtlicher Verbindlichkeit fixiertes, sondern ein politisches Ziel; zur Verabschiedung der Resolution bzgl. des „Global Vaccine Action Plan“ durch die World Health Assembly der WHO am 25.05.2012 siehe https://www.who.int/immunization/newsroom/global_vaccine_action_plan/en/ [letzter Abruf am 11.10.2019]; zur Verabschiedung von WHO-Resolutionen *Kaltenborn/Tröppner*, JZ 2017, 745 (748); s. auch *Gostin*, Global Health Law, 2014, S. 59 ff., 89 ff., 131 ff.

[148] S. nur BVerfG, Beschl. v. 26.07.2016 – 1 BvL 8/15 –, BVerfGE 142, 313, juris, Rn. 68 ff.

Staates“[149] ist. Dazu zählt das BVerfG auch „Risikovorsorge gegen Gesundheitsgefährdungen“[150].

Das Grundgesetz unterscheidet, soweit es um übertragbare Krankheiten geht, nicht zwischen Risiko und Gefahr, sondern spricht von der „Seuchengefahr“[151] und deren „Bekämpfung“, wozu einhellig auch Maßnahmen zur Verhütung der „Seuche“ – in heutiger Terminologie: der epidemischen Infektionskrankheit –[152] gehören,[153] mithin auch präventiv ansetzende Schutzimpfungen. **168**

In der verfassungsrechtswissenschaftlichen Literatur wird z.T. deutlicher zwischen Gefahr und Risiko unterschieden, wobei „Risiko“ häufig, wenn auch nicht einhellig, so verstanden wird, dass damit ferne oder unbekannte, bloß denkbare Möglichkeiten einer Schädigung erfasst werden.[154] Der Risikobegriff erfasst somit Ungewissheiten über Lagen und Abläufe, die dem Gefahrenbegriff, der sich durch (auch geringe) Wahrscheinlichkeiten auszeichnet, vorgelagert sind.[155] Den Unklarheiten über eindeutige Wirkungszusammenhänge hinsichtlich der Diagnose der Sachlage und/oder der Prognose des Kausalverlaufs bzw. der Wirkungszusammenhänge[156] trägt das unterverfassungsrechtliche Infektionsschutzrecht dadurch Rechnung, dass es Maßnahmen auch bei Vorliegen eines Gefahren*verdachts* vorsieht, der auf die Verursachungs*möglichkeit* abstellt.[157] D.h., beim Gefahrenverdacht ist es *möglich*, dass es wahrscheinlich zu einer Schädigung kommt,[158] etwa bei hochansteckenden Infektionskrankheiten wie den Masern. Der Realisierung der möglichen Infektionsgefahr kann durch Impfungen **169**

---

[149] BVerfG, Urt. v. 10.06.2009 – 1 BvR 706/08 u.a. –, BVerfGE 123, 186, juris, Rn. 171.

[150] BVerfG, Urt. v. 30.07.2008 – 1 BvR 3262/07 u.a. –, BVerfGE 121, 317, juris, Rn. 119.

[151] Art. 11 Abs. 2, Art. 13 Abs. 7 GG: „Bekämpfung von Seuchengefahr“.

[152] *Blanke*, in: Stern/Becker (Hrsg.), Grundrechte-Kommentar, 3. Aufl. 2019, Art. 11 Rn. 39.

[153] Vgl. (den Art. 11 Abs. 2 GG ähnlichen Art. 13 Abs. 7 GG: „zur Verhütung dringender Gefahren […], insbesondere […] zur Bekämpfung von Seuchengefahr […].“ S. hierzu auch (mit ausdrücklicher Erwähnung des IfSchG) Papier, in: Maunz/Dürig, GG, Kommentar, Stand: März 2019, Art. 13 Rn. 135.

[154] *Trapp*, DVBl 2015, 11 (14 f.) – mit Blick auf die Impfproblematik.

[155] Vgl. *Klafki*, Risiko und Recht, 2017, S. 12 f.

[156] So zum Begriff des Gefahrenverdachts *Schoch*, Polizei- und Ordnungsrecht, in: ders. (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 2018, S. 11 (99 [Rn. 296]); beispielhaft s. etwa § 9 Abs. 2 Bundes-Bodenschutzgesetz (BBodSchG); s. hierzu auch *Meyer*, AöR 136 (2011), 428 (434 ff.).

[157] Vgl. etwa § 16 Abs. 1 Satz 1 IfSchG, außerdem hierzu *Rixen*, Befugnisse und Grenzen des staatlichen Infektionsschutzrechts. In: Michael Kloepfer (Hrsg.), Pandemien als Herausforderung für die Rechtsordnung, 2011, S. 67 (75 f.).

[158] *Schoch*, Polizei- und Ordnungsrecht, in: ders. (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 2018, S. 11 (98 [Rn. 295]).

vorgebeugt werden. Sie sind demnach Maßnahmen der *Gefahren(realisierungs)vorsorge*. Angesichts der Terminologie des Grundgesetzes, das von „Seuchengefahr“ spricht, soll demnach hier von „Gefahrenvorsorge“ die Rede sein; „Risikovorsorge“ wird als Synonym verwendet.

Demnach verfolgt das Masernschutzgesetz mit einem auf die Herstellung impflückenschließenden Gemeinschaftsschutzes (einschl. des Individualschutzes, → Rn. 159, 165) im Interesse der Gefahren(realisierungs)vorsorge ein verfassungsrechtlich legitimes Ziel.[159] (Zum „Fokus“ dieses Ziels aus Sicht des Gesetzgebers → Rn. 190 f.) **170**

cc) Geeignetheit

(1) Kriterien, insb. die bei der Abwägung auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter

Für die „Geeignetheit“ eines Gesetzes im spezifisch verfassungsrechtlichen Sinne reicht es aus, wenn durch die Regelung, die in den Schutzbereich eines Grundrechts eingreift, der gewünschte Erfolg gefördert werden kann; es genügt mithin bereits die Möglichkeit einer Zweckerreichung, also, dass die Regelung zur Erreichung des Regelungszwecks etwas beiträgt.[160] **171**

Das sind, für sich betrachtet, keine hohen Hürden. Wenn zudem bedacht wird, dass für die Geeignetheit, wie dargelegt, ein Einschätzungs- und Prognosespielraum des Gesetzgebers gilt, dieser also nicht schlechterdings unvertretbare Wirkungsannahmen bezüglich der Zweck-Mittel-Relation zugrunde legen darf (→ Rn. 155, 171), dann wird deutlich, dass das Kriterium der Geeignetheit die Grundrechtsbindung (Art. 1 Abs. 3 GG) des demokratischen Gesetzgeber nicht allzu strikt umsetzt. **172**

Soweit es um die auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter geht (→ Rn. 155), ist neben deren Gewicht auch die Eingriffsintensität zu bedenken.[161] **173**

---

[159] So – allg. für Impfungen – i. Erg. auch *Trapp*, DVBl 2015, 11 (16).

[160] Vgl. – am Beispiel des Rauchverbots – BVerfG, Urt. v. 30.07.2008 – 1 BvR 3262/07 u.a. –, BVerfGE 121, 317, juris, Rn. 114.

[161] Allg. zur Bedeutung der Eingriffsintensität s. etwa BVerfG, Beschl. v. 12.04.2005 – 2 BvR 1027/02 –, BVerfGE 113, 29, juris, Rn. 107; BVerfG, Beschl. v. 18. 04.2018 – 2 BvR 883/17 –, GesR 2018, 459, juris, Rn. 43.

Auf der einen Seite steht das mittels des Gemeinschaftsschutzes verfolgte Ziel, Maserninfektionen zu vermeiden und damit das Leben und die körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) der betreffenden, ungeimpften Personen zu schützen. Würden sie an Masern erkranken, dann ist es zwar so, dass die überwiegende Mehrzahl der in Deutschland betroffenen an Masern Erkrankten die Masern binnen wenigen Wochen ohne merkliche, dauerhafte Folgeerscheinungen überwindet, gleichwohl können schon im „normalen" Krankheitsverlauf bei Betroffenen ohne gesundheitliche Vorschädigung und in einem Umfeld mit guter Gesundheitsversorgung eine Reihe von Komplikationen auftreten.[162] Bei 7 bis 9 Prozent der erkrankten Kinder kommt es zu einer Mittelohrentzündung, bei 8 Prozent zu Durchfall und bei 1 bis 6 Prozent zu einer Lungenentzündung. Bei etwa 0,1 Prozent der Maserninfizierten kommt es zu einer postinfektiösen Enzephalitis (Entzündung des Gehirns), an der 10 bis 20 Prozent der Betroffenen versterben und die bei weiteren 20 bis 30 Prozent dauerhafte, teils schwerste Hirnschädigungen hinterlässt. Als Spätkomplikation einer Masernerkrankung kann sich nach mehreren Jahren der Viruspersistenz im zentralen Nervensystem die subakute sklerosierende Panenzephalitis (SSPE) ausprägen, die nahezu immer zum Tod führt und für die es bislang keine kurative Behandlungsmöglichkeit gibt. Die Häufigkeit der SSPE unter Maserninfizierten beträgt in Deutschland laut WHO etwa 1:10.000 bis 1:100.000.[163] Die WHO gibt die Häufigkeit einer Enzephalitis (Hirnentzündung) mit etwa 1:1.000 an.[164] Das sind nicht vernachlässigenswerte Größenordnungen, die allerdings z.T. durch hohe Unwahrscheinlichkeiten gekennzeichnet sind. Die Lage lässt sich also nicht mit der für das kollektive Gedächtnis mög- **174**

---

[162] Hierzu und zum Folgenden *Deutscher Ethikrat*, Impfen als Pflicht? Stellungnahme vom 27.06.2019, S. 13 f., abrufbar unter https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Stellungnahmen/deutsch/stellungnahme-impfen-als-pflicht.pdf [letzter Abruf am 11.10.2019].

[163] *World Health Organization (WHO)*, Measles vaccines: WHO position paper – April 2017, in: Weekly epidemiological record, Nr. 17/2017, S. 205 (209), https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/255149/WER9217.pdf;jsessionid=2A218C40238C712F914545B16D5928A8?sequence=1 [letzter Abruf am 11.10.2019]. – Die Zahlen, auf die sich der *Deutsche Ethikrat*, Impfen als Pflicht? Stellungnahme vom 27.06.2019, S. 14, https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Stellungnahmen/deutsch/stellungnahme-impfen-als-pflicht.pdf [letzter Abruf am 11.10.2019] beruft – ebenso *Deutscher Bundestag/Wissenschaftliche Dienste*, Masernerkrankungen. Informationen zum Krankheitsbild, zu Behandlungsmöglichkeiten und zu Fragen im Zusammenhang mit der geplanten Einführung der Impfpflicht, WD 9 - 3000 - 062/19, 30.08.2019, S. 5, https://www.bundestag.de/resource/blob/660576/712eaf1862d2a3b630b406df4bcbaed2/WD-9-062-19-pdf-data.pdf [letzter Abruf am 11.10.2019] – sind älter und beruhen zudem auf fachlich umstrittenen Schätzungen, dazu arznei-telegramm (a-t) 2013; 44: 85-7, https://www.arznei-telegramm.de/html/htmlcontainer.php3?produktid=085_01&artikel=1310085_01k [letzter Abruf am 11.10.2019].

[164] *World Health Organization (WHO)*, Measles vaccines: WHO position paper – April 2017, in: Weekly epidemiological record, Nr. 17/2017, S. 205 (209), https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/255149/WER9217.pdf;jsessionid=2A218C40238C712F914545B16D5928A8?sequence=1 [letzter Abruf am 11.10.2019].

licherweise immer noch prägenden Situation der Pocken vergleichen.[165] Anfang des 19. Jahrhunderts starben im seinerzeit größten deutschen Staat Preußen noch ca. 40.000 Menschen pro Jahr an den Pocken, die je nach Verlauf innerhalb weniger Tage zum Tod führen konnte. Die Sterblichkeitsquote lag bei ca. 10-30%. Bei Masern liegt sie in Industrienationen bei 0,01-0,1% (also 1:1.000 bis 1:10.000).[166]

> Es spricht, wie die wissenschaftliche Diskussion belegt,[167] einiges dafür, dass Krankheitsfälle bei Masern untererfasst, d.h., nicht vollständig erfasst werden. Da die Todesfälle anhand der erfassten Krankheitsfälle berechnet werden, führt jeder Todesfall in Relation zu den nicht erfassten Krankheitsfällen zu einer Verzerrung des Anteils der Todesfälle, der folglich zu hoch bemessen sein könnte.

Überlebende der Pocken trugen meistens schwere und erkennbare, insbesondere sichtbare Folgeschäden davon. *Dieses* Ausmaß und *diese* regelhaft fatalen Folgen hat die Masernerkrankung nicht. Insofern ist auch der Hinweis in der Gesetzesbegründung[168] auf ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) [169] aus dem Jahre 1959 irreführend, denn es hatte die Vereinbarkeit der Impfpflicht mit dem Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) nicht generell für jede Impfpflicht angenommen, sondern nur mit Blick auf die *Pocken*schutzimpfung.[170] Auf die Masernimpfpflicht kann daher die zur Pockenschutzimpfung ergangene Entscheidung des BVerwG angesichts der anders gelagerten Gefahrensituati-

---

[165] Das Folgende nach *Trapp*, DVBl. 2015, 11 mit. weit. Nachw.

[166] *World Health Organization (WHO)*, Measles vaccines: WHO position paper – April 2017, in: Weekly epidemiological record, Nr. 17/2017, S. 205 (209), https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/255149/WER9217.pdf;jsessionid=2A218C40238C712F914545B16D5928A8?sequence=1 [letzter Abruf am 11.10.2019].

[167] *Mette u.a.*, Untererfassung von Masern, Deutsches Ärzteblatt H. 12/2011, S. 191 ff., https://www.aerzteblatt.de/pdf.asp?id=81466 [letzter Abruf 11.10.2019]; *Nationale Verifizierungskommission Masern/Röteln (NAVKO)*, Bericht der Nationalen Verifizierungskommission Masern/Röteln zum Stand der Eliminierung der Masern und Röteln in Deutschland 2013, http://www.rki.de/DE/Content/Kommissionen/NAVKO/Berichte/Bericht_2013_de.pdf?__blob=publicationFile [letzter Abruf am 11.10.2019], *Takla/Wichmann/Rieck/Matysiak-Klose*, Measles incidence and reporting trends in Germany, 2007–2011, Bulletin of the World Health Organization 2014 92(10): 742-749, https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4208482/pdf/BLT.13.135145.pdf [letzter Abruf am 11.10.2019].

[168] BR-Drucks. 358/19, S. 30.

[169] BVerwG, Urt. v. 14.07.1959 – I C 170.56 –, BVerwGE 9, 78 = NJW 1959, 2325.

[170] Vgl. auch die Beratungen des Parlamentarischen Rates, wonach die Impfung zulässig sein sollte, s. etwa den Abg. *Eberhard*: „ […] wir sollten […] die Zwangsimpfung nicht unmöglich machen.“ Und: „Die Impfung dürfen wir nicht ausschließen.“ *Deutscher Bundestag/Bundesarchiv* (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Akten und Protokolle, Bd. 5/II, 1993, S. 919, s. auch (S. 920) den Hinweis der Abg. *Nadig* auf die „Pockenimpfung“; hierzu auch die Zusf. der Debatten in JöR Bd. 1 (1951), S. 60; s. ferner *Schaks/Krahnert*, MedR 2015, 860 (863).

on *nicht* übertragen werden, wie auch die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages zu Recht betont haben.[171]

Zu Bedenken sind auf der anderen Seite – der Seite des Kindes, das geimpft werden soll – die oben (→ Rn. 95 ff.) beschriebenen Impfreaktionen und Nebenwirkungen. Sofern die oben (→ Rn. 95) beschriebenen Impfreaktionen auftreten, handelt es sich regelmäßig um Beeinträchtigungen im unteren Bereich, während die oben (→ Rn. 96) beschriebenen Nebenwirkungen, treten sie ein, massive Beeinträchtigungen bedeuten, allerdings bei regelmäßig sehr hoher Unwahrscheinlichkeit ihres Eintretens. Wie immer ist indes bei statistischen Wahrscheinlichkeiten zu bedenken, dass damit darüber, wer im Einzelfall davon betroffen sein wird, noch nichts ausgesagt ist. Wen es trifft, ist schwer vorhersagbar, den oder die es trifft, trifft es – soweit es um die Nebenwirkungen insbesondere bezogen auf den Maserimpfstoffanteil der MMR- bzw. MMRV-Kombinationsstoffe geht – regelmäßig massiv. Außerdem ist die im geplanten Gesetz angelegte Ausweitungs- und Entgrenzungstendenz zu beachten, die es im Gewand des Wortes „Kombinationsimpfstoff" gestattet, die Impfpflicht auf zahllose weitere Krankheiten auszuweiten, soweit diese Neuzusammensetzung bzw. Erweiterung des Kombinationsimpfstoffs aus Sicht der pharmazeutischen Industrie sinnvoll erscheint (→ Rn. 120, 152). Über diese Nebenwirkungen ist nichts bekannt bzw. kann noch nichts bekannt sein. Der staatlich gestattete Zugriff auf die körperliche Unversehrtheit der Kinder wird auch mit Blick auf die noch unerforschten Nebenwirkungen neuer Kombinationsimpfstoffe massiv ausgeweitet. **175**

Zur Mumpsimpfung bei Mädchen → Rn. 252 ff. **176**

(2) Zweifel an der Geeignetheit, insb. Unsicherheiten über die Infektionswege

Bei der Prüfung der Geeignetheit muss – auch für die hier interessierende Konstellation (KiTas) – Ausgangspunkt die in § 20 Abs. 8 Satz 1 IfSchG-E statuierte Pflicht sein, Impfschutz (bzw. Immunität) „aufzuweisen", also, wie oben erläutert (→ Rn. 103), eine Impfung vorzunehmen. D.h., diese (geplante) gesetzliche Regelung muss als das Mittel, kraft dessen **177**

[171] In diesem Sinne auch *Kreßner*, Gesteuerte Gesundheit, 2019, S. 376; *Deutscher Bundestag/Wissenschaftliche Dienste*, Verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Impfpflicht, WD 3 - 3000 - 019/16, 17.01.2016, S. 5, https://www.bundestag.de/resource/blob/413560/40484c918e669002c4bb60410a317057/wd-3-019-16-pdf-data.pdf [letzter Abruf am 11.10.2019]

das Ziel des Gemeinschaftsschutzes (einschl. des Individualschutzes) erreicht werden soll, betrachtet werden.

Die Ausschüsse des Bundesrates haben deutliche Zweifel an der Geeignetheit auch dieser Regelung geäußert. Es sei fraglich, ob „mit dem vorliegenden Gesetzentwurf das erstrebte Ziel des sogenannten Herdenschutzes überhaupt erreicht werden kann.“[172] Es stelle sich nämlich die Frage, **178**

179

> „ob die vorhandenen Impflücken in der Bevölkerung mit der Beschränkung auf die Pflichtimpfung von Betreuern und Betreuten in Gemeinschaftseinrichtungen nach § 33 IfSG und von Personen, die in einer medizinischen Einrichtung nach § 23 Absatz 3 Satz 1 IfSG Tätigkeiten mit Kontakt zu Patienten ausüben, wirklich geschlossen werden können. Angesichts der konstatierten Impflücken bei nach 1970 geborenen Erwachsenen erscheint es wenig plausibel, dass allein eine Impfpflicht für die in den genannten Bereichen tätigen Erwachsenen ausreicht, um eine 95 prozentige Immunisierung der Gesamtbevölkerung zu erreichen.“[173]

Auch die STIKO hat (in ihrer Stellungnahme zum Referentenentwurf des Masernschutzgesetzes) betont:

> „Epidemiologisch relevante Impflücken bestehen aktuell insbesondere in den ersten 2-3 Lebensjahren (durch Verschieben von Impfterminen) sowie bei Jugendlichen und Erwachsenen bis zum 50. Lebensjahr. Durch eine an den Besuch von Gemeinschaftseinrichtungen gekoppelte Impfpflicht sind diese Zielgruppen nur teilweise zu erreichen.“[174]

Mit anderen Worten: „Unter der Erwachsenenbevölkerung in Deutschland besteht eine weitaus größere Impflücke als bei Kindern.“[175]

---

[172] BR-Drucks. 358/1/19, S. 31 a.E.

[173] BR-Drucks. 358/1/19, S. 32.

[174] Stellungnahme des Vorsitzenden der STIKO, Thomas Mertens v. 18.05.2019, S. 3 f., www.bundesgesundheitsministerium.de/service/gesetze-und-verordnungen/guv-19-lp/stellungnahmen-refe/masernschutzgesetz.html [letzter Abruf am 11.10.2019].

[175] *Höfling*, JZ 2019, 776 (778).

Hinter diesen Überlegungen steht ersichtlich folgender Gedankengang, der das Ziel des Gesetzgebers, Gemeinschaftsschutz (einschl. des Individualschutzes) in der gesamten Bevölkerung herzustellen, beim Wort, also ernst nimmt: **180**

Die kontinuierliche Infektionskette, also der Prozess der Transmission von Masernviren, soll abbrechen. Dies wird erreicht, wenn die Immunität „flächendeckend“[176] hergestellt wird, also – im Falle von Masern – bis zum Erreichen einer sog. Herdenimmunitätsschwelle von 91-94% der Wohnbevölkerung.[177] Das bedeutet, so viele Menschen müssen tatsächlich immun sein, was bei einer Impfquote (= Durchimpfungsrate) gelingt, die über der Herdenimmunitätsschwelle liegt (mindestens 95%).[178] Das setzt aber voraus, dass es möglichst „keine Orte […] gibt, die zum Ausgangspunkt für Epidemien werden können, weil es dort eine erhöhte Dichte an ungeimpften Personen gibt“[179], nämlich so viele, dass die Herdenimmunitätsschwelle (und damit zugleich auch die gebotene Durchimpfungsrate (= Impfquote) unterschritten wird. Masern – eine der ansteckendsten Krankheiten überhaupt – werden durch das Einatmen infektiöser Tröpfchen (Sprechen, Husten, Niesen) sowie durch Kontakt mit infektiösen Sekreten aus Nase oder Rachen übertragen.[180] Das Masernvirus führt bereits bei kurzer Exposition – also nachdem jemand kurz auch bei nur „flüchtige[n] Kontakte[n]“[181] den Tröpfchen oder dem Sekret ausgesetzt war – zu einer Infektion (Kontagiositätsindex[182] nahe 100%) und löst bei über 95% der ungeschützten Infizierten klinische Erscheinungen aus (Manifestationsindex ebenfalls nahe 100%).[183] Zur Inkubationszeit gilt: Von der Exposition bis zum Auftreten des **181**

---

[176] *Deutscher Ethikrat*, Impfen als Pflicht? Stellungnahme vom 27.06.2019, S. 10, abrufbar unter https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Stellungnahmen/deutsch/stellungnahme-impfen-als-pflicht.pdf [letzter Abruf am 11.10.2019].

[177] Hierzu und zum Folgenden *Deutscher Ethikrat*, Impfen als Pflicht? Stellungnahme vom 27.06.2019, S. 21 f., abrufbar unter https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Stellungnahmen/deutsch/stellungnahme-impfen-als-pflicht.pdf [letzter Abruf am 11.10.2019].

[178] BR-Drucks. 358/19, S. 1.

[179] *Deutscher Ethikrat*, Impfen als Pflicht? Stellungnahme vom 27.06.2019, S. 10, abrufbar unter https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Stellungnahmen/deutsch/stellungnahme-impfen-als-pflicht.pdf [letzter Abruf am 11.10.2019] – bezogen auf die Elimination, die aber – wie erläutert – ein Ferneffekt des Gemeinschaftsschutzes ist, so dass das Argument generell zum Gemeinschaftsschutz passt.

[180] *Robert Koch-Institut (RKI)*, RKI-Ratgeber „Masern“, https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Merkblaetter/Ratgeber_Masern.html [letzter Abruf am 11.10.2019].

[181] BT-Drucks. 18/5261, S. 64 (Begr. zu § 28 IfSchG i.d.F. des Präventionsgesetzes v. 17.07.2015, BGBl. I S. 1368).

[182] Anteil der tatsächlich infizierten an den gegenüber dem Erreger exponierten nicht immunen Personen.

[183] RKI-Ratgeber „Masern“, https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Merkblaetter/Ratgeber_Masern.html [letzter Abruf am 11.10.2019].

Exanthems gewöhnlich 13-14 Tage (Zeitspanne: 7 bis – sehr selten – 21 Tage). Die Ansteckungsfähigkeit beginnt bereits 3-5 Tage vor Auftreten des Exanthems (Hautausschlags) und hält bis vier Tage nach Auftreten des Exanthems an; unmittelbar vor Erscheinen des Exanthems ist sie am größten.

„Herdenimmunität“ (Gemeinschaftsschutz) kann somit nur gelingen, wenn an möglichst vielen Orten, an denen es zu Expositionen kommen kann, möglichst viele Menschen bis zum Erreichen der Durchimpfungsrate geimpft bzw. immun sind mit der Folge, dass sie das Masernvirus nicht an ungeschützte Personen weitergeben können. **182**

Das heißt zugleich: Je mehr Orte es gibt, an denen ungeimpfte bzw. nicht-immune Personen auf andere ungeimpfte bzw. nicht immune Personen treffen können und an diesen Orten weder die für Masern relevante Herdenimmunitätsschwelle erreicht wird noch die Durchimpfungsrate darüber liegt, desto wahrscheinlicher wird die Übertragung des Maservirus auf ungeschützte Personen. Anders ausgedrückt: Je flächendeckender alle in Frage kommenden Orte – und damit die dort lebenden Menschen – geimpft bzw. immun sind, umso wahrscheinlicher sind ungeimpfte bzw. nicht-immune Menschen gegen Maser geschützt. Je selektiver und lückenhafter die potentiell in Frage kommenden Orte aber ausgewählt werden und nicht ausgeschlossen werden kann, dass dort die Herdenimmunitätsschwelle nicht erreicht wird, umso unwahrscheinlicher wird es, gegen das Masernvirus geschützt zu sein. Das gilt umso mehr, wenn dieselben Menschen sich, wie üblich, nicht nur an einem Ort, sondern an einer Fülle von Orten aufhalten, an denen es zur Infektion mit dem Masernvirus kommen kann, weil dort die Herdenimmunitätsschwelle nicht erreicht wird. **183**

> Beispiel: Das ungeimpfte Kind, das von seinen Eltern nachmittags aus der KiTa (wo alle anderen Kinder geimpft sind) abgeholt wird – wobei die Heimfahrt in einer mit Erwachsenen vollbesetzen Straßen- oder U-Bahn erfolgt –, wird u.U. einem Ort ausgesetzt, der Maserinfektionen begünstigt. **184**

Überträgt man diese Überlegung auf die hier in Rede stehende Grundpflicht (§ 20 Abs. 8 Satz 1 IfSchG-E) und die mit ihr letztlich deckungsgleiche (→ Rn. 84 f.) Nachweispflicht (§ 20 Abs. 9 Satz 1 IfSchG-E), die durch die akzessorischen Einhaltungspflichten (→ Rn. 76 ff.) in ihrer Wirkung verstärkt werden, dann stellt sich die Frage, wieso gerade die Impfung in **185**

einer Gemeinschaftseinrichtung (KiTa), in der (Klein)Kinder leben, den Gemeinschaftsschutz in der *gesamten* Bevölkerung stärken soll.

Die Gesetzesbegründung weist darauf hin, dass es immer wieder zu Masernausbrüchen komme.[184] „Aktuelle Masernausbrüche verdeutlichen, dass in der Bevölkerung noch Impflücken bestehen, die der Erreichung der für eine Elimination der Masern erforderlichen Impfquote entgegenstehen.“[185] „Allein bis Ende Mai 2019 wurden dem Robert Koch-Institut bereits 420 Masernfälle für das Jahr 2019 gemeldet.“[186] Dass es immer wieder zu Masernausbrüchen kommt, ist nichts Neues, sondern geschieht ständig, allerdings in unterschiedlichem Ausmaß.[187] Allerdings suggeriert der Hinweis auf die „aktuellen Masernausbrüche“, als sei die aktuelle Entwicklung etwas Besonderes, was sie indes nicht ist. **186**

So hat es bis einschließlich der 36. KW (erste September-Woche) 2019 insgesamt 485 Masernfälle in Deutschland gegeben: **187**

Masern im 1. Lebensjahr: 31,
Masern Ein- und Zweijährige: 41,
Masern Drei- bis Fünfjährige: 28,
Masern bis einschl. 14-Jährige: 174 (einschl. der vorgenannten Masernfälle),
Masern 15- bis 17-Jährige: 36,
Masern bei Erwachsenen (ab 18. Jahren): 275.[188]

Das entspricht – obwohl das Jahr 2019 noch nicht vorbei ist – im Wesentlichen der Altersverteilung im Jahre 2018: Von den 544 Masernfällen im Jahre 2018 waren zwar häufig Kinder zwischen 1 und 5 Jahren (insgesamt 97 Personen) sowie insgesamt 257 Personen unter 18 Jahren betroffen, jedoch waren deutlich häufiger Erwachsene betroffen, nämlich ca. 53% (= 287 Personen).[189] D.h., der Anteil der Erwachsenen an den Masernpatienten in Deutsch- **188**

---

[184] BR-Drucks. 358/19, S. 1, S. 12.

[185] BR-Drucks. 358/19, S. 24.

[186] BR-Drucks. 358/19, S. 12 (ähnl. auch S. 1).

[187] Überblick über die Zahlen von 2001 bis 2018 bei *RKI*, https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/Impfen/Praevention/elimination_04_01.html [letzter Abruf am 11.10.2019].

[188] Zahlen nach *RKI*, https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/SurvStat/survstat_node.html [letzter Abruf am 11.10.2019]; s. auch BR-Drucks. 358/19, S. 24, zitiert in → Rn. 163 (Fußnote).

[189] *RKI*, https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/Impfen/Praevention/elimination_04_01.html [letzter Abruf am 11.10.2019]; s. ferner *RKI*, https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/SurvStat/survstat_node.html

land ist im Jahr 2019 verglichen mit 2018 noch einmal angestiegen: bis zum Ende der KW 36 sind es ca. 57% (2018 gesamt: ca. 53%).

Angesichts des beachtlichen Anteils an Erwachsenen ab Jahrgang 1970, die nicht geimpft sind,[190] drängt sich die Frage auf, wie der vom (geplanten) Gesetz intendierte Gemeinschaftsschutz die *Erwachsenen* erreichen soll, wenn *Kinder* in KiTas geimpft werden. Außerdem ist an den Ansatz, den das Gesetz wählt, zu erinnern: Die selektiv auf bestimmte Orte und/oder Personengruppen fokussierende Aufweisens- und Nachweispflicht (einschl. der Einhaltungspflichten) setzt das um, was die Gesetzesbegründung so umschreibt: **189**

> „Der Fokus liegt […] insbesondere bei Personen, *die regelmäßig in Gemeinschafts- und Gesundheitseinrichtungen mit anderen Personen in Kontakt kommen.*“[191] **190**

> „Der dem *Gesetz zugrunde liegende Gedanke*, dass Personen, *die auf engem Raum aus bestimmten vorgegebenen Sachgründen zusammenkommen*, vor einer Ansteckung durch Impfung zu bewahren sind, muss deshalb folgerichtig *auch hier*“– nämlich bei § 20 Abs. 8 IfSchG-E – „Anwendung finden.“[192] **191**

Wie diese selektive Auswahl von Orten und/oder Personengruppen – auch KiTa-Kindern – allerdings im Hinblick auf das Gesetzesziel wirkt, also die Impflücken so schließt, dass Gemeinschaftsschutz (einschl. Individualschutz) entsteht, bleibt unklar, denn an welchen Orten genau wie viele ungeimpfte – insbesondere ungeimpfte erwachsene – Personen sich aufhalten bleibt offen, zumal durch die allseits gewünschte und praktizierte auch grenzüberschreitende Mobilität von einem „konstanten Import der Masern nach Deutschland“[193] (auch durch im Inland lebende Personen, die sich etwa auf Urlaubsreisen begeben oder beruflich veranlasste Auslandsreisen tätigen müssen),[194] auszugehen ist und damit die Einflüsse, die Ungeimpfte **192**

---

[190] *Deutscher Ethikrat*, Impfen als Pflicht? Stellungnahme vom 27.06.2019, S. 15, S. 27, abrufbar unter https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Stellungnahmen/deutsch/stellungnahme-impfen-als-pflicht.pdf [letzter Abruf am 11.10.2019].

[191] BR-Drucks. 358/19, S. 1. – Kursive Hervorhebung hinzugefügt.

[192] BR-Drucks. 358/19, S. 25 (zu § 20 Abs. 8 Nr. 2 IfSchG-E). – Kursive Hervorhebungen hinzugefügt.

[193] Epidemiologisches Bulletin Nr. 32+33/2019, S. 301.

[194] *Deutscher Ethikrat*, Impfen als Pflicht? Stellungnahme vom 27.06.2019, S. 22, abrufbar unter https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Stellungnahmen/deutsch/stellungnahme-impfen-als-pflicht.pdf [letzter Abruf am 11.10.2019].

ausgesetzt sind, sich nicht auf den – mutmaßlichen – Kontakt zu den Gemeinschafts- und Gesundheitseinrichtungen, die das Gesetz im Blick hat, zurückführen lassen.

Trotz dieser Unklarheiten – *die allerdings noch bei der Prüfung der Erforderlichkeit und der Zumutbarkeit eine Rolle spielen werden* – ist die Annahme, dass dann, wenn irgendeine ungeimpfte – nach Alter oder Gesundheitszustand im Falle einer Maserninfektion besonders vulnerable – Person irgendwo auf möglichst viele geimpfte Personen – auch geimpfte (Klein)Kinder – trifft, sich der Gemeinschaftsschutz (einschl. des Individualschutzes) steigern lässt, gemessen an den oben dargelegten verfassungsgerichtlichen Geeignetheitskriterien (→ Rn. 156) nicht völlig fehlsam bzw. unvertretbar. Auf der Ebene der Geeignetheit im spezifisch verfassungsrechtlichen Sinne geht es nicht um allzu anspruchsvolle Wirkungszusammenhänge, sondern um die Möglichkeit, dass nach Lage der Dinge (insbesondere – hier: der medizinisch-epidemiologischen – Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs) die auch KiTa-Kinder betreffende Impfpflicht zum Gemeinschaftsschutz (einschl. des Individualschutzes), also zur Erreichung des Regelungsziels etwas beitragen *kann* (zu den Kriterien → Rn. 171). Das ist – trotz aller Zweifel – zu bejahen. **193**

Deshalb ist § 20 Abs. 8 Abs. 1 i.V.m. Abs. 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 IfSchG-E (einschl. der an sie akzessorisch anknüpfenden Einhaltungspflichten) im spezifisch verfassungsrechtlichen Sinne zwar eine „geeignete“ gesetzliche Regelung, aber allein deshalb noch keine verhältnismäßige Regelung. **194**

dd) Erforderlichkeit

(1) Kriterien

Ob § 20 Abs. 8 Satz 1 i.V.m. Abs. 9 Satz 1 Nr. 1 IfSchG-E (einschließlich der an sie akzessorisch anknüpfenden Einhaltungspflichten → Rn. 76 ff.) im spezifisch verfassungsrechtlichen Sinne erforderlich ist, bleibt zu klären. **195**

„Erforderlich“ ist eine gesetzliche Pflicht dann *nicht*, wenn ein anderes, gleich wirksames, **196**

aber das in Rede stehende Grundrecht weniger einschränkendes Mittel zur Verfügung steht.[195] Mit anderen Worten: Es fehlt an der Erforderlichkeit, wenn der Gesetzgeber „ein anderes, gleich wirksames, aber das Grundrecht weniger fühlbar einschränkendes Mittel hätte wählen können […].“[196] Auch hier ist, wie oben erläutert (→ Rn. 156 f.), der weite Einschätzungs- und Prognosespielraum des Gesetzgebers zu beachten. Dessen Reichweite hängt insbesondere von der *Eigenart* des in Rede stehenden Sachbereichs und den *Möglichkeiten*, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden abhängt. Dies impliziert, wie dargelegt (→ Rn. 156), eine Auseinandersetzungsobliegenheit des Gesetzgebers, die ihm abverlangt, alle verfügbaren Informationen und Einschätzungen, die im fachlichen Diskurs vertreten werden, zur Kenntnis zu nehmen und zu würdigen. Schließlich muss der Gesetzgeber das Gewicht der in Rede stehenden Rechtsgüter und die Eingriffsintensität beachten (→ Rn. 173-175). Hierbei muss in Rechnung gestellt werden, dass es nicht etwa um eine massive Gefährdungslage mit jederzeit drohenden fatalen Folgen im Falle der Nichtimpfung (wie bei den Pocken) geht und zudem die möglichen schädigenden Effekte einer Impfung, mögen sie auch statistisch betrachtet, selten eintreten, *wenn* sie aber eintreten, massiv schädigend sind (→ Rn. 174).

(2) Durchgreifende Zweifel an der Erforderlichkeit

(a) Erst- und Zweitimpfung, insb.: Darf die medizinische Notwendigkeit der Zweitimpfung offen gelassen werden?

Zunächst sei daran erinnert, dass – wie dargelegt (→ Rn. 186 f.) – von einer steigenden Belastung von Kindern durch Maserninfektionen nicht die Rede sein kann; Erwachsene sind, wie die jüngsten Zahlen belegen, deutlich mehr betroffen. Geht man gleichwohl von der verfassungsrechtlichen Geeignetheit der in Rede stehenden Regelungen (Pflicht zum Aufweisen und Nachweisen plus akzessorischer Einhaltungspflichten) aus (→ Rn. 194), dann stellt sich die Frage, wieso gerade – vermeintlich alternativlos – eine Impfpflicht vonnöten ist, um die Durchimpfungsrate bei (Klein)Kindern – insb. in KiTas – anzuheben. Hierbei ist zu bedenken, dass die Erstimpfungsquote – MCV1 –[197] (im Jahr 2017 zum Zeitpunkt der Einschulung) bei 97,1% liegt, d.h., in diesem hohen Umfang ermöglichen schon jetzt die Eltern die Impfung; **197**

[195] Vgl. BVerfG, Urt. v. 30.07.2008 – 1 BvR 3262/07 u.a. –, BVerfGE 121, 317, juris, Rn. 115.

[196] BVerfG, Urt. v. 03.11.1982 – 1 BvL 4/78 –, BVerfGE 61, 291, juris, Rn. 64.

[197] MCV1 = Measles-containing-vaccine first-dose.

die Zweitimpfungsquote – MCV2 –[198] hingegen liegt darunter, bei ca. 92,8%.[199] Diese Quoten entsprechen einem stetig nach oben gehenden Trend der letzten Jahre, worauf auf Bund und Länder in ihrem „Nationalen Aktionsplan“ hinweisen:

> „Die verschiedenen Datenquellen belegen, dass im Bereich der Kinderimpfung Deutschland in den vergangenen Jahrzehnten große Fortschritte erzielt hat. Lag die Impfquote bei den Schuleingangsuntersuchungen im Jahr 2001 für Kinder mit vorgelegtem Impfausweis noch bei 91,4 % für die 1. Masernimpfung und bei etwa 25,9 % für die 2. Masernimpfung, so waren im Jahr 2013 schon 96,7 % der Kinder einmalig und 92,6 % zweimal gegen Masern geimpft. Im Jahr 2012 hatten alle 16 Bundesländer eine durchschnittliche Impfquote von über 95 % für die 1. Masernimpfung erzielt.“[200]

Entscheidend ist aber dies: In den Hinweisen des RKI zur Masernimpfung finden sich nämlich folgende Ausführungen, die bemerkenswerter Weise in den Empfehlungen der STIKO *nicht* enthalten sind:

> „Die empfohlene Zweitimpfung (die keine Auffrischimpfung ist!) soll den *Kindern, die – aus unterschiedlichen Gründen – nach der Erstimpfung keine Immunität entwickelt haben, eine zweite Gelegenheit zur Entwicklung eines ausreichenden Schutzes geben*. Dies sichert erfahrungsgemäß ein Maximum an Schutz in den zu impfenden Jahrgängen.“[201]

Das deckt sich mit der Einschätzung der WHO, die betont:

---

[198] MCV2 = Measles-containing-vaccine second-dose

[199] Epidemiologisches Bulletin, Nr. 18/2019, S. 150, , https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Archiv/2019/Ausgaben/18_19.pdf?__blob=publicationFiles [letzter Abruf am 11.10.2019]; s. auch *Deutscher Ethikrat*, Impfen als Pflicht? Stellungnahme vom 27.06.2019, S. 10 (unter Verweis auf das RKI), abrufbar unter https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Stellungnahmen/deutsch/stellungnahme-impfen-als-pflicht.pdf [letzter Abruf am 11.10.2019]. – Die Zahlen, die der Ethikrat nennt, variieren leicht, bewegen sich aber etwa in derselben Höhe: 97,4% (auf S. 25), 97% (auf S. 67).

[200] Nationaler Aktionsplan 20 15–2020 zur Elimination der Masern und Röteln in Deutschland, hrsgg. v. Bundesministerium für Gesundheit, Juni 2015, S. 22, https://www.gmkonline.de/documents/Aktionsplan_Masern_Roeteln_2.pdf [letzter Abruf am 11.10.2019].

[201] RKI, RKI-Ratgeber „Masern“, Nr. 1.2, https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Merkblaetter/Ratgeber_Masern.html#doc2374536bodyText12 [letzter Abruf am 11.10.2019]. – Kursive Hervorhebungen hinzugefügt.

„The second dose is needed to protect children *who did not develop protective immunity after the first dose*.“[202]

Ganz in diesem Sinne belegen Berichte aus der ärztlichen Praxis, dass immer wieder Eltern nach der MCV1 eine Antikörperbestimmung durchführen lassen und bei bestehender Immunität entscheiden, auf die Zweitimpfung (MCV2) zu verzichten. Dies schließt das Gesetz nicht aus, denn es sieht vor, dass eine Impfung nicht mehr geboten ist, wenn Immunität gegen Masern besteht (§ 20 Abs. 8 Satz 1 IfSchG-E).[203] Wichtig ist: Unter dem Aspekt des Individualschutzes besteht *in diesen Fällen* kein medizinischer Grund für eine *Zweit*impfung mehr. Sie würde bei *bestehender* Immunität vielmehr eine Art nutzlose „Übertherapie“ darstellen, die zur Erlangung von Immunität gerade *nicht* erforderlich ist. Allerdings kann die *Zweit*impfung – ohne dass dies für das *erst*geimpfte und bereits immune Kind von Nutzen ist – die nach der Erstimpfung verbleibenden Impflücken minimieren, und zwar so, dass durch sie die Immunität der mit der Erstimpfung erfolglos Geimpften mit hoher Wahrscheinlichkeit erreicht wird, in der Folge die Gesamtimmunität der Bevölkerung steigt und somit auch die vulnerablen Personen, die nicht geimpft werden können, geschützt sind. Das (geplante) Gesetz geht indes davon aus, dass vermittels der Impfungen der *Individual*schutz bei der Herstellung des Gemeinschaftsschutzes zumindest auch immer mitherbeigeführt werden soll (→ Rn. 166). Auf die u.U. bloß drittnützige Anordnung der *Zweit*impfung weisen weder die durch das geplante Gesetz in Bezug genommenen STIKO-Empfehlungen hin noch weist hierauf das Gesetz an anderer Stelle hin. Es ist jedoch nicht ersichtlich, wieso es zur Erreichung des Ziels einer hohen Durchimpfungsrate (→ Rn. 181) erforderlich sein soll, den Eltern – deren Willensentscheidung dem nicht-einwilligungsfähigen Kind zugerechnet wird (→ Rn. 94, 203, 260) – insoweit eine informierte Willensentscheidung vorzuenthalten. Denkbar ist zwar, dass ein Arzt bzw. eine Ärztin auf die Möglichkeit der Immunitätsbestimmung nach der Erstimpfung hinweist, aber das Gesetz (durch die Verweisung auf die insoweit schweigsamen STIKO-Empfehlungen) nimmt in Kauf, dass Ärztinnen und Ärzte, die mit der Problematik nicht näher vertraut sind, den STIKO-Empfehlungen folgen und einen strikten Mechanismus aus Erst- und Zweitimpfung in Gang setzen, obgleich die Eltern keine Chancen hatten, insoweit eine eigene Entscheidung darüber zu treffen, was sie ihrem Kind zumuten wollen. Kraft Gesetzes

---

[202] *World Health Organization (WHO)*, Measles vaccines: WHO position paper – April 2017, in: Weekly epidemiological record, Nr. 17/2017, S. 205 (213), https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/255149/WER9217.pdf;jsessionid=2A218C40238C712F914545B16D5928A8?sequence=1 [letzter Abruf am 11.10.2019] – Kursive Hervorhebungen hinzugefügt.

[203] Auf die sog. Titerbestimmung weist der Gesetzentwurf hin, vgl. BR-Drucks. 358/19, S, 27.

wird damit dem Kind regelhaft eine Erst- und eine (ggfs. medizinisch unnötige) Zweitimpfung zugemutet, ohne dass die Eltern als primäre Entscheidungsverantwortliche (→ Rn. 259) überhaupt die Chance haben, die hinter den STIKO-Empfehlungen stehenden Werturteile und Abwägungen zu prüfen, um sie sodann abzulehnen oder ihnen zuzustimmen.

Hinzu kommt unter dem Aspekt der Erforderlichkeit Folgendes: Dass Eltern von Kindern, die durch die Erstimpfung noch nicht immunisiert wurden, die Zweitimpfung unterlassen, kann kaum damit zusammenhängen, dass Eltern, die ihr Kind zunächst haben impfen lassen (Erstimpfung, MCV1), es jetzt nicht mehr – im Sinne einer bewussten Impfverweigerung – impfen lassen wollen.[204] Vielmehr bestehen, worauf auch der *Deutsche Ethikrat* hinweist, neben fehlender Information „lebenspraktische Hindernisse“,[205] zu denen auch die nicht genügende Ansprache durch Ärztinnen und Ärzte gehört, wenn die Eltern mit den Kindern eine ärztliche Praxis aufsuchen. Häufig wird die Impfung schlicht vergessen.[206] Aufsuchende Impfung (etwa in der Schule oder der KiTa), Angebote zu Zeiten und an Orten, an denen Menschen, insbesondere Eltern mit ihren Kindern, leichter erreichbar sind, automatisierte Erinnerungen bzw. Recall-Systeme (etwa Apps), die an die Fälligkeit von Impfungen, insbesondere der Zweitimpfung, erinnern, sind Alternativen.[207] **198**

Demgegenüber begnügt sich die Gesetzesbegründung mit dem Hinweis: **199**

---

[204] *Grüner*, Biologische Katastrophen, 2017, S. 279 a.E. hält das für ein starkes Indiz für „freiwillige Impfbereitschaft“.

[205] *Deutscher Ethikrat*, Impfen als Pflicht? Stellungnahme vom 27.06.2019, S. 67, abrufbar unter https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Stellungnahmen/deutsch/stellungnahme-impfen-als-pflicht.pdf [letzter Abruf am 11.10.2019].

[206] *Akademie der Wissenschaften Hamburg/ Leopoldina – Nationale Akademie der Wissenschaften*, Gemeinsam Schutz aufbauen. Verhaltenswissenschaftliche Optionen zur stärkeren Inanspruchnahme von Schutzimpfungen, Vorabdruck Juni 2019, (Autorinnen und Autoren: Cornelia Betsch/Constanze Breuer/Jörg Hacker/Kathrin Happe/Michael Hecker) S. 6 (kursive Hervorhebungen hinzugefügt), https://www.leopoldina.org/uploads/tx_leopublication/2019_Diskussionspapier_Schutzimpfungen_Web.pdf [letzter Abruf am 11.10.2019].

[207] *Akademie der Wissenschaften Hamburg/ Leopoldina – Nationale Akademie der Wissenschaften*, Gemeinsam Schutz aufbauen. Verhaltenswissenschaftliche Optionen zur stärkeren Inanspruchnahme von Schutzimpfungen, Vorabdruck Juni 2019, (Autorinnen und Autoren: Cornelia Betsch/Constanze Breuer/Jörg Hacker/Kathrin Happe/Michael Hecker) S. 7 (kursive Hervorhebungen hinzugefügt), https://www.leopoldina.org/uploads/tx_leopublication/2019_Diskussionspapier_Schutzimpfungen_Web.pdf [letzter Abruf am 11.10.2019].

„Keine gleich wirksamen [Alternativen], da die bisherigen gesetzgeberischen Maßnahmen noch nicht zu einem relevanten Rückgang der Maserninfektionen in Deutschland geführt haben.“[208]

Mit diesem Satz insinuiert der Gesetzentwurf, die bisherigen gesetzgeberischen Maßnahmen hätten nicht so effektiv gewirkt wie eine Impfpflicht. Nur ist nicht im Ansatz erkennbar, wie der Gesetzgeber zu dem Schluss gelangt, den bisherigen Maßnahmen fehle eine (der Impfpflicht vergleichbare) Wirksamkeit. Ebenso wenig ist erkennbar, wie er zu dem Schluss kommt, dass andere – bislang noch nicht angewandte – Maßnahmen, die, wie dargelegt (→ Rn. 198), in der fachlichen Debatte diskutiert werden, nicht ebenso wirksam sind wie eine Impfpflicht (einschl. aller akzessorischen Einhaltungspflichten). **200**

Solche Betrachtungen liegen umso näher, als – an das Kriterium „Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden“ (→ Rn. 155) sei erinnert – in der Fachdiskussion die Stärkung von informationellen und organisatorischen Maßnahmen favorisiert wird, und zwar hauptsächlich aus der Sorge, dass eine Impfpflicht – abgesehen von den Schwierigkeiten bei ihrer Administrierbarkeit, auf die die Ausschüsse des Bundesrates eindringlich hingewiesen haben – Eltern abschrecken würde, statt sie möglichst frühzeitig einzubinden.[209] **201**

(b) Wirkungslosigkeit der Beratung vor Aufnahme in die KiTa?

Dass die bislang ergriffenen Maßnahmen nicht gleich wirksam wie die Impfpflicht (in der spezifischen Ausgestaltung durch das Masernschutzgesetz) sein sollen, ist insbesondere im Hinblick auf die „Pflichtberatung“[210] nach § 34 Abs. 10a IfSchG (→ Rn. 47 f., 60) schwer nachzuvollziehen. **202**

Die Vorschrift lautet: „[1]Bei der Erstaufnahme in eine Kindertageseinrichtung ha- **203**

[208] BR-Drucks. 358/19, S. 2.

[209] Zur Debatte *Betsch/Schmid/Korn/Steinmeyer et. al.*, Impfverhalten psychologisch erklären, messen und verändern, Bundesgesundheitsblatt 2019, 400 ff.; *Akademie der Wissenschaften Hamburg/ Leopoldina – Nationale Akademie der Wissenschaften*, Gemeinsam Schutz aufbauen. Verhaltenswissenschaftliche Optionen zur stärkeren Inanspruchnahme von Schutzimpfungen, Vorabdruck Juni 2019, (Autorinnen und Autoren: *Cornelia Betsch/Constanze Breuer/Jörg Hacker/Kathrin Happe/Michael Hecker*) https://www.leopoldina.org/uploads/tx_leopublication/2019_Diskussionspapier_Schutzimpfungen_Web.pdf [letzter Abruf am 11.10.2019].

[210] *Kreßner*, Gesteuerte Gesundheit, 2019, S. 147.

ben die Personensorgeberechtigten gegenüber dieser einen schriftlichen Nachweis darüber zu erbringen, dass zeitnah vor der Aufnahme eine ärztliche Beratung in Bezug auf einen vollständigen, altersgemäßen, nach den Empfehlungen der Ständigen Impfkommission ausreichenden Impfschutz des Kindes erfolgt ist. [2]Wenn der Nachweis nicht erbracht wird, benachrichtigt die Leitung der Kindertageseinrichtung das Gesundheitsamt, in dessen Bezirk sich die Einrichtung befindet, und übermittelt dem Gesundheitsamt personenbezogene Angaben. [3]Das Gesundheitsamt kann die Personensorgeberechtigten zu einer Beratung laden. [4]Weitergehende landesrechtliche Regelungen bleiben unberührt."

Die Vorschrift ist im Wesentlichen am 25.07.2015 in Kraft getreten,[211] die Bestimmung über die Übermittlung der personenbezogenen Angaben an das Gesundheitsamt am 25.07.2017.[212] D.h., dass seit Inkrafttreten etwas mehr als zwei Jahre vergangen sind, was für sich betrachtet keine lange Zeit ist. Überdies ist nicht bekannt, ob die Vorschrift in der Praxis Anwendung fand, wenn nein, warum nicht, wenn ja, wie oft, und wie sie konkret im Verwaltungsalltag gelebt wurde und ob diese Informationen geeignet sind, die Einschätzung des Gesetzgebers zu tragen, dass diese Vorschrift – ggfs. im Zusammenwirken mit anderen Vorschriften – nicht gleich wirksam wie eine Impfpflicht sei. Von der in § 44 Abs. 7 der „Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesregierung" (GGO) Möglichkeit zu prüfen, „ob die beabsichtigten Wirkungen erreicht worden sind", wurde ersichtlich kein Gebrauch gemacht. **204**

Nochmals: Selbstverständlich darf der Gesetzgeber überhaupt zu solch einem Schluss kommen, allerdings nicht ins Blaue hinein, sondern nur, soweit er die Möglichkeiten, sich ein sicheres Urteil zu bilden (→ Rn. 155 f.), erkennbar ausgeschöpft hat. Das ist hier nicht der Fall. **205**

In diesem Zusammenhang ist auch auf eine widersprüchliche Argumentation in der Begründung zum geplanten Masernschutzgesetz hinzuweisen: **206**

Die Begründung weist auf eine (auf Erwachsene, die in einer obersten Bundesbehörde tätig sind, bezogene) Untersuchung postalischer Informationsangebote zur Masernimpfung hin, die **207**

---

[211] Art. 8 Nr. 5 des Gesetzes zur Stärkung der Gesundheitsförderung und der Prävention (Präventionsgesetz – PrävG) v. 17.07.2015 (BGBl. I S. 1368), zum Inkrafttreten Art. 13 Abs. 1 des Gesetzes; zur Sachregelung BT-Drucks. 18/5261, S. 64 a.E.

[212] Art. 1 Nr. 19 Buchst. f des Gesetzes zur Modernisierung der epidemiologischen Überwachung übertragbarer Krankheiten v. 17.07.2017 (BGBl. I S. 2615), zum Inkrafttreten Art. 10 des Gesetzes; zur Sachregelung BT-Drucks. 18/10938, S. 69.

„eine kausale Wirkung von Informationen in Bezug auf die Inanspruchnahme von Masernschutzimpfungen belegen [konnte].“[213] **208**

Dieser Hinweis, der immerhin einen kausalen Effekt von Beratung und Impfquote behauptet, passt nicht zu dem Hinweis auf die angeblich fehlenden gleich wirksamen Regelungsalternativen. **209**

Mit Blick auf die Güter, die einander gegenüber stehen (→ Rn. 173-175, 196) lässt sich vor diesem Hintergrund nicht feststellen, dass das geplante Gesetz die Grenzen des für die Erforderlichkeit geltenden Einschätzungs- und Prognosespielraums einhält. Es ist schon deshalb nicht erforderlich. **210**

(c) Fachliche Kritik aus den Reihen des RKI, insb. durch den RKI-Präsidenten

Fachliche Kritik, die vom Gesetzentwurf nicht beachtet wurde, kommt z.B. vom Leiter des Fachgebiets Impfprävention des Robert Koch-Instituts (RKI), der betont hat, eine Pflicht zur Impfung sei nicht sinnvoll.[214] Der Sache nach übereinstimmend, aber noch deutlicher hat sich der *Präsident des Robert Koch-Instituts* (RKI) – unter der Überschrift „Impfpflicht würde Masernproblem nicht lösen“ – geäußert: **211**

„*Auf den ersten Blick* scheint eine Impfpflicht die logische Reaktion auf ungenügende Impfquoten zu sein, ganz unabhängig von der Frage der rechtlichen Umsetzbarkeit. *Auf den zweiten Blick* ist sie es aber nicht – im Gegenteil, sie wäre möglicherweise sogar *kontraproduktiv*. **212**

Maßgebliche Ursache der Masern-Ausbrüche der vergangenen Jahre sind die großen Impflücken bei Jugendlichen und jungen Erwachsenen. Nach Ergebnissen einer RKI-Studie sind bei den 18- bis 44-Jährigen mehr als 40 Prozent nicht gegen Masern geimpft. Diese Altersgruppe wird aber bei Forderungen für eine Impfpflicht nie erwähnt. Vielen ist die Empfehlung der Ständigen Impfkommission **213**

[213] BR-Drucks. 358/19, S. 33 a.E.

[214] *Ole Wichmann*, Leiter des FG 33 „Impfprävention“ des RKI, Deutsches Ärzteblatt v. 16.04.2019, https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/102484/RKI-Impfexperte-bezweifelt-Sinnhaftigkeit-von-Masernimpfpflicht [letzter Abruf am 11.10.2019].

(STIKO) gar nicht bekannt, dass die nach 1970 Geborenen die Impfung nachholen oder vervollständigen sollen, wenn keine zwei Impfungen im Impfausweis vermerkt sind. Die jungen Erwachsenen gehen auch selten zum Arzt. Genau aus diesen Gründen sind Informationskampagnen und aufsuchende Impfangebote dringend erforderlich, um diese Impflücke ein für allemal zu schließen.

Skepsis gegenüber Impfungen muss ernst genommen werden, ist aber nicht das Hauptproblem, sonst gäbe es bei Schulanfängern keine Impfquote von fast 97 Prozent für die erste Masernimpfung. Die Impfquoten bei Schulanfängern sind bisher im Bundesdurchschnitt auch nicht gesunken, zuletzt allerdings auch nicht weiter gestiegen. Auch hier ist noch einiges zu tun. Kinder werden auch oft zu spät geimpft, und es gibt große regionale Unterschiede bei den Impfquoten gerade in den ersten Lebensjahren. Erinnerungssysteme sind daher auch ein probates Mittel, um Impfquoten zu erhöhen. Die […] verpflichtende Impfberatung vor dem Besuch einer Kindertagesstätte und die Impfstatuskontrolle bei den regelmäßigen Vorsorgeuntersuchungen im Kindesalter wie auch die J1-Untersuchung[215] im Jugendalter sind hier wichtige Bausteine. **214**

[…] Forscher aus Erfurt und Aachen [fanden] heraus, dass eine Impfpflicht die Impfbereitschaft für die verbliebenen freiwilligen Impfungen deutlich verringern würde. Offenbar, so vermuten die Wissenschaftler, führt die Einschränkung der Entscheidungsfreiheit dazu, sich diese bei nächster Gelegenheit ‚zurückzuholen'. […] **215**

Auch Abrechnungshindernisse sollten abgebaut werden, damit jeder Arztkontakt zum Schließen von Impflücken genutzt werden kann, sodass zum Beispiel der Kinderarzt die anwesenden Eltern mit impfen kann. Solche rein bürokratischen Hindernisse stellen fachlich nicht gerechtfertigte Barrieren dar. Und natürlich brauchen wir motivierte Ärzte, die selbst geimpft sind und jede Gelegenheit nutzen, um ihre Patienten nach deren Impfpass zu fragen. *In Deutschland ist noch eine Menge Luft nach oben, bevor die drastische Maßnahme einer Impfpflicht in Erwägung gezogen werden sollte*. Machen wir uns nichts vor: Mit stärkerem Wil- **216**

[215] Diese Fußnote ist nicht im zitierten Text enthalten: J1-Untersuchung meint die Früherkennungs-Untersuchung im Alter von 13 bis 14 Jahren gemäß der Jugendgesundheitsuntersuchungs-Richtlinie, https://www.g-ba.de/richtlinien/14/ [letzter Abruf am 11.10.2019].

len und mehr Engagement sowie dem Abbau unnötiger Hindernisse sind ausreichende Impfquoten zu erreichen."[216]

Auch der frühere Vorsitzende der STIKO, *Jan Leidel*, betont: **217**

„Erforderlich wäre die Pflicht, wenn es kein milderes Mittel gäbe, mit dem das Ziel ebenfalls erreicht werden könnte. Tatsächlich gibt es aber eine Fülle von durchaus bekannten, bisher aber nicht oder allenfalls halbherzig umgesetzten Maßnahmen zur Verbesserung der Impfbeteiligung sowie Impfhindernisse, die zunächst beseitigt werden müssten. Bevor also eine Impfpflicht für Masern diskutiert wird, sollten die […] Rahmenbedingungen für das Impfen deutlich verbessert werden."[217]

Nicht zuletzt für die Sorge, dass eine Impfpflicht erst Impfnachlässigkeiten (→ Rn. 198) auslösen könnte, gibt es Nachweise,[218] auf die auch der Vorsitzende der STIKO in seiner Stellungnahme zum Referentenentwurf des Masernschutzgesetzes hingewiesen hat.[219] Es ist nicht erkennbar, dass all diese fachlich begründeten Einwände – u.a. geäußert vom Präsidenten des RKI als *der* Fachbehörde des Bundes für den Umgang mit Infektionskrankheiten – geprüft worden wären, womit der Gesetzentwurf die Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden (→ Rn. 155 f.), ersichtlich nicht ausgeschöpft.

Wohlgemerkt: Selbstverständlich können die politischen Entscheidungsträger, die Gesetze vorbereiten, und auch der Gesetzgeber zu anderen Einschätzungen gelangen, aber nur, *wenn* sie – wie vom BVerfG verlangt – die bestehenden Möglichkeiten, sich ein hinreichend siche- **218**

---

[216] So der RKI-Präsident Prof. Dr. *Lothar H. Wieler*, Ärzte Zeitung Online v. 25.09.2017, https://www.aerztezeitung.de/medizin/krankheiten/infektionskrankheiten/masern/article/943821/eher-kontraproduktiv-impfpflicht-wuerde-masernproblem-nicht-loesen.html [letzter Abruf am 11.10.2019]. – Kursive Hervorhebungen hinzugefügt.

[217] *Leidel* (Vorsitzender der STIKO bis März 2017), https://www.sciencemediacenter.de/alle-angebote/rapid-reaction/details/news/pflicht-fuer-masernimpfung-in-deutschland/ [letzter Abruf am 11.10.2019].

[218] *Betsch/Böhm*, Detrimental effects of introducing partial compulsory vaccination: experimental evidence, in The European Journal of Public Health, Vol. 26, No. 3, 2015, 378-381, abrufbar unter https://academic.oup.com/eurpub/article/26/3/378/2467110 [letzter Abruf am 11.10.2019]; *Omer/Betsch/Leask*, Mandante vaccination with care, Nature vol. 571, Juli 2019, 469 ff., https://www.nature.com/articles/d41586-019-02232-0?utm_source=fbk_nnc&utm_medium=social&utm_campaign=naturenews&sf216086848=1 [letzter Abruf am 11.10.2019].

[219] Stellungnahme des Vorsitzenden der STIKO, *Thomas Mertens* v. 18.05.2019, S. 4, www.bundesgesundheitsministerium.de/service/gesetze-und-verordnungen/guv-19-lp/stellungnahmen-refe/masernschutzgesetz.html [letzter Abruf am 11.10.2019].

ren Urteil zu bilden (→ Rn. 155 f.), ausgeschöpft haben. Das ist – jedenfalls bislang – nicht so klar ersichtlich, wie der eine unkonkret bleibende Satz in der Gesetzesbegründung

> „Keine gleich wirksamen [Alternativen], da die bisherigen gesetzgeberischen Maßnahmen noch nicht zu einem relevanten Rückgang der Maserninfektionen in Deutschland geführt haben.“ **219**

suggeriert. Die Impfpflicht kommt mit anderen Worten nur „als ultima ratio in Betracht […]. Zunächst ist die Eigenverantwortung und Eigeninitiative des mündigen Bürgers gefordert“[220] bzw. derer die für „unmündige“ – gemeint ist: nicht-einwilligungsfähige – Personen agieren.

Folglich ist die Pflicht, Impfschutz „aufzuweisen“ und nachzuweisen (einschließlich der akzessorischen Einhaltungspflichten → Rn. 72 ff.) keine erforderliche Beschränkung des Grundrechts auf körperliche Unversehrtheit der Kinder, die KiTas besuchen. **220**

(3) Fehlende Erforderlichkeit insb. mit Blick auf die Steuerung von Kombinationsimpfstoffen durch die pharmazeutische Industrie

Erst recht sind die Grundrechtseingriffe nicht erforderlich mit Blick auf die Ausweitung der Impfpflicht infolge der durch die pharmazeutische Industrie steuerbaren Zusammensetzung von Kombinationsimpfstoffen. Wie dargelegt (→ Rn. 119 ff.), führt die Vorgabe, Kombinationsstoffe einzusetzen (§ 20 Abs. 8 Satz 2 IfSchG-E), deren Zusammensetzung von der pharmazeutischen Industrie vorgegeben wird, zu einer dynamischen Verweisung des mit „Kombinationsimpfstoff“ Gemeinten auf die Entwicklungs-, Marketing- und Produktionspläne der pharmazeutischen Industrie. Auf sie darf der Gesetzgeber jedenfalls nach geltender Rechtslage, die durch das (geplante) Masernschutzgesetz nicht geändert wird, nicht einwirken. Es ist nicht erkennbar, wieso zur Erreichung des Ziels, den Gemeinschaftsschutz (einschl. des Individualschutzes) gegen Masern zu verbessern eine derartige unter der Hand erfolgende Ausweitungstendenz, ja Entgrenzung (→ Rn. 120, 153) der Impfpflicht erforderlich sein und weniger einschneidende Maßnahmen – z.B. Verfügbarmachen von Mono-Impfstoffen oder zu- **221**

---

[220] *Erdle*, IfSchG, Kommentar, 3. Aufl. 2005, Kommentierung zu § 20, Erl. 7, S. 69; s. zum Ultima-Ratio Gedanken auch *Schumacher/Meyn*, BSeuchG, Kommentar, 4. Aufl. 1992, Kommentierung zu § 14 BSeuchG, S. 61 (§ 14 Abs. 1 BSeuchG ist das Vorbild für § 20 Abs. 6 IfSchG gewesen, so die Begr. zum IfSchG, BT-Drucks. 14/2530, S. 72).

mindest die Begrenzung der Kombinationsimpfstoffe auf genau bestimmte Infektionskrankheiten – nicht (mindestens) gleich wirksam sein sollen.

Auch im Hinblick hierauf fehlt es der Pflicht, Impfschutz aufzuweisen und nachzuweisen (→ Rn. 84 f.), an der Erforderlichkeit. **222**

ee) Zumutbarkeit (Angemessenheit, Verhältnismäßigkeit i.e.S.)

(1) Unzumutbare Belastung der Kinder durch eine medizinisch nicht notwendige Zweitimpfung

223

Eine gesetzliche Regelung, die in ein Grundrecht eingreift, muss bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze des Zumutbaren wahren.[221] Die Regelung darf die Adressaten nicht übermäßig belasten.[222] Das ist mittels einer Gesamtabwägung festzustellen,[223] die danach fragt, ob der „an sich in legitimer Weise angestrebte Schutz zurückstehen muss, wenn das eingesetzte Mittel zu einer unangemessenen Beeinträchtigung der Rechte des Betroffenen führen würde.“[224]

Ausgangspunkt der Betrachtung ist der oben schon erläuterte Umstand, dass es um Risiko- bzw. Gefahrenvorsorge geht (→ Rn. 167 ff.), die einen hohen Schutzeffekt durch eine Gemeinschaftsschutz qua Schließung der Impflücken anstrebt (→ Rn. 157 ff.). Hier ist zunächst der oben bereits unter dem Aspekt der Erforderlichkeit genannte Aspekt einer möglichen „Übertherapie“ durch eine medizinisch nicht notwendige Zweitimpfung erneut aufzugreifen (→ Rn. 197): Die Verschleierung des Umstands, dass es Fälle geben kann, in denen die Anordnung der Zweitimpfung (MCV2) medizinisch nicht notwendig ist und somit einen rein drittnützigen Zweck hat, greift übermäßig in die Elternverantwortung ein. Sie führt dazu, dass das erstgeimpfte und immune nicht-einwilligungsfähige Kind, dessen Wille im Rechtssinne durch die Eltern gebildet wird, für eine rein drittnützige (Zweit-)Impfung instrumentalisiert wird, ohne dass seine Eltern eine Chance haben, das zu verhindern. Damit – indem der Schutz

[221] Vgl. BVerfG, Urt. v. 30.07.2008 – 1 BvR 3262/07 u.a. –, BVerfGE 121, 317, juris, Rn. 117.

[222] BVerfG, Beschl. v. 21.12.2011 – 1 BvR 2007/10 –, NJW 2012, 1062, juris, Rn. 32 (Sonnenstudioverbot).

[223] *Deutscher Bundestag/Wissenschaftliche Dienste*, Verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Impfpflicht, WD 3 - 3000 - 019/16, 27.01.2016, S. 6, https://www.bundestag.de/resource/blob/413560/40484c918e669002c4bb60410a317057/wd-3-019-16-pdf-data.pdf [letzter Abruf am 11.10.2019].

[224] BVerfG, Beschl. v. 09.03.1994 – 2 BvL 43/92 u.a. –, BVerfGE 90, 145 (185), juris, Rn. 156 a.E.

der Eltern ausgeschaltet wird – muss das Kind u.U. die Risiken einer (Zweit-)Impfung (→ Rn. 197) hinnehmen, ohne dass dies durch irgendeinen Individualnutzen (vgl. den Gesetzeszweck, → Rn. 166) aufgewogen würde.

(2) Unzumutbarkeit mangels folgerichtig umgesetzten Schutzkonzepts

224

(a) Keine akute Bedrohungssituation – Strengere Anforderungen an die Zumutbarkeit

Selbst dann aber, wenn Erst- und Zweitimpfung – nämlich bei nicht nach der Erstimpfung immunen Kindern – durchgeführt werden, ist in Erinnerung zu rufen, dass es an einer *akuten* Bedrohungssituation (wie seinerzeit bei den Pocken, → Rn. 174) fehlt. Das erhöht die Anforderungen an den Staat, eine Impfpflicht anzuordnen, ganz generell. Hierbei können die Wertungen des § 20 Abs. 6 Satz 1 IfSchG herangezogen werden, wonach Schutzimpfungen für bedrohte Teile der Bevölkerung in Betracht kommen,

> „wenn eine übertragbare Krankheit mit klinisch schweren Verlaufsformen auftritt und mit ihrer epidemischen Verbreitung zu rechnen ist."

Epidemie meint eine Erkrankungswelle, die typischerweise mit einer über den Normalzustand deutlich hinausgehenden Zahl an Erkrankungen einhergeht, die auf eine einheitliche Ursache zurückzuführen und durch einen (großen) Ausbruch charakterisiert ist, also das plötzliche vermehrte – lokalisierte oder verstreute – Auftreten von Erkrankungsfällen, die das zu erwartende Maß dieser Krankheit zu dieser Zeit, an diesem Ort und in dieser Population überschreiten.[225] Angesichts der epidemiologischen Entwicklung (→ Rn. 187 f.) kann davon keine Rede sein. Das bedeutet aber, dass die Gefährdungssituation, auf die der Gesetzgeber reagieren will, sich in einen Bereich der Gefahrenvorsorge bewegt, in einem Bereich, der einer erkennbaren epidemischer Gefährdung deutlich *vorgelagert* ist. Dies verschiebt die in die Abwägung einzustellen Größen nochmals zugunsten der in Rede stehenden Freiheitsrechte, hier: des Grundrechts der körperlichen Unversehrtheit.

---

[225] *Robert Koch-Institut*, Infektionsschutz und Infektionsepidemiologie. Fachwörter – Definitionen – Interpretationen, 2015, S. 16 f. (Ausbruch), S. 34 (Epidemie), http://www.rki.de/DE/Content/Service/Publikationen/Fachwoerterbuch_Infektionsschutz.pdf?__blob=publicationFile [letzter Abruf am 11.10.2019].

Da nicht klar ist, wer wen wann wie schnell infiziert, ist davon auszugehen, dass ungeimpfte Menschen, wenn sie auf nicht-geimpfte Menschen treffen, *möglicherweise* deren Infektion bewirken. Dass diese sich *möglicherweise* kurz vorher schon andernorts infiziert haben, ist indes auch möglich (zum Infektionsweg → Rn. 181). Wenn der Gesetzgeber sich nun entscheidet, Menschen in bestimmten Situationen (nach Alter und/oder Aufenthaltsort), also nach Merkmalen in Gruppen (etwa KiTa-Kinder) geordnet, einer Impfpflicht auszusetzen, dann schafft er eine Verantwortungsbeziehung, die aus medizinisch-epidemiologischer Sicht nicht zwingend ist, weil der ihr zugrundeliegende medizinische Zurechnungsgrund möglicherweise nicht besteht – aber vielleicht ja doch.[226] Schafft der Gesetzgeber in dieser Lage dennoch gezielt Verantwortungsbeziehungen zwischen einem Risiko und Menschen (hier: KiTa-Kindern), denen dieses Risiko als von ihnen gesetzte individualisierbare Gefahr *möglicherweise* gar nicht oder nicht allein oder nicht sicher zugerechnet werden kann (zur Begriffsverwendung Gefahr/Risiko → Rn. 169), und verlagert er auf diese Weise die Eingriffsschwelle auf einen frühen Zeitpunkt bloß möglicher Verursachung, dann muss diese Verantwortungszuschreibung so erfolgen, dass die Inpflichtnahme aller, die einer Gruppe möglicher Verursacher zugeordnet wurden, in gleicher Weise trifft. **225**

D.h., das vom Gesetzgeber gewählte auf die Gruppe bezogene Regelungs- bzw. Schutzkonzept – genauer: die „Aufstellung und normative Umsetzung eines Schutzkonzepts"[227] – muss in folgerichtiger Weise umgesetzt werden, weil es die in Rede stehende Belastung mit der Inpflichtnahme ansonsten unzumutbar verteilt.[228] An der Folgerichtigkeit des Schutz- bzw. Regelungskonzepts[229] fehlt es, wenn die Regelungen, die zum Schutzkonzept gehören, „von verschiedenen Ausnahmetatbeständen durchzogen"[230] bzw. durch „weitreichende Ausnahmevorschriften"[231] geprägt sind, mit denen „das Ziel des Gesundheitsschutzes relativiert und damit teilweise zurückgenommen"[232]. Mit Ausnahmevorschriften sind Bestimmungen gemeint, die ausdrücklich oder dem Sinn nach vom Schutzkonzept abweichen. Insoweit gilt: **226**

---

[226] Deshalb passt die argumentative Analogie zur Inanspruchnahme nicht verantwortlicher Personen („Nichtstörer") nicht ganz, dazu *Grüner*, Biologische Katastrophen, 2017, S. 245 a.E.; s. auch *Schneider*, SGb 2015, 599 (606).

[227] BVerfG, Urt. v. 30.07.2008 – 1 BvR 3262/07 u.a. –, BVerfGE 121, 317, juris, Rn. 120.

[228] Vgl. BVerfG, Urt. v. 30.07.2008 – 1 BvR 3262/07 u.a. –, BVerfGE 121, 317, juris, Rn. 116.

[229] Beide Begriffe werden in BVerfG, Urt. v. 30.07.2008 – 1 BvR 3262/07 u.a. –, BVerfGE 121, 317, juris, Rn. 120, 135, synonym verwandt.

[230] BVerfG, Urt. v. 30.07.2008 – 1 BvR 3262/07 u.a. –, BVerfGE 121, 317, juris, Rn. 135.

[231] BVerfG, Urt. v. 30.07.2008 – 1 BvR 3262/07 u.a. –, BVerfGE 121, 317, juris, Rn. 136.

[232] BVerfG, Urt. v. 30.07.2008 – 1 BvR 3262/07 u.a. –, BVerfGE 121, 317, juris, Rn. 128.

„Gefahreinschätzungen sind nicht schlüssig, wenn identischen Gefährdungen in demselben Gesetz unterschiedliches Gewicht beigemessen wird […].“[233] In einem solchen Fall steht das gewählte Regelungsmittel – hier: die Grundpflicht (= Aufweisen des Impfschutzes = herbeiführen der Impfung) nicht mehr oder doch „kaum noch in einem erkennbaren Zusammenhang“[234] zum Regelungsziel.

Gemessen daran erweist sich die Grundpflicht (Impfpflicht) sowie die Nachweispflicht als *unzumutbare Einschränkung des Grundrechts der körperlichen Unversehrtheit des Kindes* , und auch die akzessorischen Einhaltungspflichten (→ Rn. 72 ff.) sind unzumutbare Einschränkungen dieses Grundrechts, denn das auch diese Einhaltungspflichten umfassende Schutzkonzept der § 20 Abs. 8 ff. IfSchG-E wird von vornherein „löchrig“ bzw. lückenhaft, also nicht folgerichtig umgesetzt. **227**

(b) Nicht folgerichtig normiertes Verhältnis der KiTas zur Kindertagespflege

Dies ergibt sich zunächst mit Blick auf § 33 Satz 2 Nr. 1 bis 3 IfSchG-E, den § 20 Abs. 8 Satz 1 IfSchG-E in Bezug nimmt. Danach werden Kindertagesstätten (zu denen als Unterfall auch die Kinderhorte gehören, → Rn. 5) ebenso zu Gemeinschaftseinrichtungen erklärt wie „die nach § 43 Absatz 1 des Achten Buches Sozialgesetzbuch erlaubnispflichtige Kindertagespflege“ (so § 33 Satz 2 Nr. 2 IfSchG-E). **228**

> Der Bundesrat moniert, dass die erlaubnispflichtige Kindertagespflege zu den Gemeinschaftseinrichtungen gezählt werden soll und will auf eine andere gesetzestechnische Weise sicherstellen, dass die Impfpflicht auch die Kinder in der erlaubnispflichtigen Kindertagespflege betrifft.[235]

§ 43 Abs. 1 Satz 1 SGB VIII legt fest: **229**

> „Eine Person, die ein Kind oder mehrere Kinder *außerhalb* des Haushalts des *Erziehungsberechtigten* während eines Teils des Tages und mehr als 15 Stunden

[233] BVerfG, Urt. v. 30.07.2008 – 1 BvR 3262/07 u.a. –, BVerfGE 121, 317, juris, Rn. 135.

[234] Formulierung in BVerfG, Beschl. v. 02.03.2004 –1 BvR 784/03 –, MedR 2005, 35, juris, Rn. 21.

[235] BR-Drucks. 358/19 (Beschluss), S. 7 f.

wöchentlich gegen Entgelt länger als drei Monate betreuen will, bedarf der Erlaubnis.“ (Kursive Hervorhebungen hinzugefügt)

In § 43 Abs. 3 Satz 1 bis 3 SGB VIII heißt es sodann: **230**

„Die Erlaubnis befugt zur Betreuung von bis zu fünf gleichzeitig anwesenden, fremden Kindern. Im Einzelfall kann die Erlaubnis für eine geringere Zahl von Kindern erteilt werden. Landesrecht kann bestimmen, dass die Erlaubnis zur Betreuung von mehr als fünf gleichzeitig anwesenden, fremden Kindern erteilt werden kann, wenn die Person über eine pädagogische Ausbildung verfügt; in der Pflegestelle dürfen nicht mehr Kinder betreut werden als in einer vergleichbaren Gruppe einer Tageseinrichtung.“

§ 43 SGB VIII ist zudem im Zusammenhang mit § 22 Abs. 1 Satz 2 bis 4 SGB VIII zu sehen: **231**

„Kindertagespflege wird von einer geeigneten Tagespflegeperson in *ihrem* Haushalt oder *im* Haushalt des Personensorgeberechtigten geleistet. Das Nähere über die Abgrenzung von Tageseinrichtungen und Kindertagespflege regelt das Landesrecht. Es kann auch regeln, dass Kindertagespflege in anderen geeigneten Räumen geleistet wird.“

D.h., Kindertagespflege kann im Haushalt der Tagespflegeperson oder im Haushalt eines Personensorgeberechtigen, also meist der Eltern, oder – sofern Landesrecht das gestattet – in anderen geeigneten Räumen stattfinden. Findet sie *außerhalb* des Haushalts des Erziehungsberechtigten (der zu den Personensorgeberechtigten gehört, § 7 Abs. 1 Nr. 5, Nr. 6 SGB VIII) statt – also ggfs., sofern landesrechtlich zulässig, in angemieteten Räumen –[236], dann besteht (*bei Vorliegen der weiteren Tatbestandsvoraussetzungen*!) Erlaubnispflicht, aber auch nur dann. D.h., es gibt auch *nicht*-erlaubnispflichtige Kindertagespflege, nämlich immer dann, wenn sie *im* Haushalt von Eltern stattfindet.[237] **232**

Die überwiegende Zahl der Kindertagespflegepersonen – darauf haben der Bundesrat und **233**

[236] § 22 Abs. 1 Satz 4 IfSchG-E.

[237] *Smessaert/Lakies*, in: Münder/Meysen/Trenczek (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zum SGB VIII, 8. Aufl. 2019, § 43 Rn. 4, 6.

seine Ausschüsse hingewiesen – erfolgt in der eigenen Wohnung der Kindertagespflegeperson, also außerhalb des Haushalts eines Erziehungsberechtigten (→ Rn. 229), das sind 30.868 Tagespflegepersonen von insgesamt 44.181,[238] also ca. 70%; aber 3.561 Kinder werden *in* der Wohnung der Kinder, also der Erziehungsberechtigten (Eltern) betreut (die übrigen Kinder erden in anderen Räumlichkeiten betreut).

Das bedeutet aber, dass ein beachtlicher Teil der Kinder, die in Kindertagespflege betreut werden, weil sie sich *nicht* in erlaubnispflichtiger Kindertagespflege (§ 43 Abs. 1 SGB VIII, → Rn. 229) befinden, *nicht* der Impf(herbeiführungs)pflicht nach § 20 Abs. 8 Satz 1 IfSchG-E unterworfen sind, obgleich sie sich in einer vergleichbaren Situation wie Kinder in einer KiTa befinden, denn wie diese verbringen auch Kinder in nicht-erlaubnispflichtiger Kindertagespflege auf engem Raum (→ Rn. 191) gemeinsam Zeit. **234**

Wie wenig folgerichtig dieses normative Schutzkonzept ist, zeigt der Umstand, dass von den 167.638 Kindern, die in Kindertagespflege betreut werden, 15.065 Kinder zeitgleich auch noch in einer KiTa betreut werden (oder eine Ganztagsschule besuchen, die die Funktionen eines Horts mitübernimmt).[239] D.h.: Wenn diese Kinder sich in der KiTa aufhalten, unterliegen sie der Impfpflicht, wenn sie sich in nicht-erlaubnispflichtiger Kindertagespflege befinden, unterliegen sie der Impfpflicht nicht. **235**

(c) Nicht folgerichtig normiertes Verhältnis zwischen KiTas, Schulen und sonstigen Ausbildungseinrichtungen, u.a. bei Aufnahme- bzw. Aufenthaltsverboten

236

§ 33 Satz 2 Nr. 3 IfSchG-E listet „Schulen und sonstige Ausbildungseinrichtungen“ auf. Von den Schulen werden u.a. die Grundschulen erfasst. Zwar gilt die Pflicht zum „Aufweisen“ von

---

[238] BR-Drucks. 358/1/19, S. 11 a.E.; BR-Drucks. 358/19 (Beschluss), S. 7 a.E.; zu dieser Zahl und den danach genannten Zahlen *Statistisches Bundesamt*, Statistiken der Kinder- und Jugendhilfe Kinder und tätige Personen in Tageseinrichtungen und in öffentlich geförderter Kindertagespflege am 01.03.2018, Stand: 17.10.2018, S. 79, https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Soziales/Kindertagesbetreuung/Publikationen/Downloads-Kindertagesbetreuung/tageseinrichtungen-kindertagespflege-5225402187004.pdf?__blob=publicationFile [letzter Abruf am 11.10.2019].

[239] *Statistisches Bundesamt*, Statistiken der Kinder- und Jugendhilfe Kinder und tätige Personen in Tageseinrichtungen und in öffentlich geförderter Kindertagespflege am 01.03.2018, Stand: 17.10.2018, S. 80 (152.573 Kinder sind solche, die nicht zusätzlich eine KiTa oder eine Ganztagsschule besuchen), https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Soziales/Kindertagesbetreuung/Publikationen/Downloads-Kindertagesbetreuung/tageseinrichtungen-kindertagespflege-5225402187004.pdf?__blob=publicationFile [letzter Abruf am 11.10.2019].

Impfschutz, also zur Herbeiführung und Duldung der Impfung auch für Grundschulkinder, aber die Einhaltungspflichten (→ Rn. 76 ff.) fallen anders aus. Das Aufnahmeverbot, das von der Leitung der Einrichtung umzusetzen ist, gilt nicht für schulpflichtige Kinder (§ 20 Abs. 9 Satz 4 IfSchG-E, → Rn. 50). Ebensowenig gilt die Befugnis des Gesundheitsamtes, Aufenthaltsverbote auszusprechen, wenn Schulpflicht besteht (§ 20 Abs. 12 Satz 3 IfSchG-E).

> Das KiTa-Aufnahmeverbot gilt zudem nicht für Kinder, die sich bereits am 01.03.2020 in der Kita befinden (→ Rn. 52).

Das ist insofern nicht folgerichtig, als ein Kind z.B. sowohl eine Grundschule als auch einen Hort, also eine KiTa für Grundschulkinder (→ Rn. 5) besuchen kann. Einmal muss das Kind aufgenommen werden, ein andermal darf das Kind nicht aufgenommen werden, was insbesondere dann wenig überzeugt, wenn die jeweiligen Räumlichkeiten im selben Gebäude liegen bzw. sich in unmittelbarer Nähe zueinander befinden. Auch kann es z.B. den Fall geben, dass ein 5jähriges, ungeimpftes Kind in der KiTa nicht anwesend sein darf, während ein Kind, das bereits als 5jährige/r eingeschult wurde, sich in der Grundschule aufhalten darf, weil es dort infolge der Schulpflicht nicht vom Unterrichtsbesuch ausgeschlossen werden darf (→ Rn. 61).[240] Das ist auch nicht etwa deshalb folgerichtig, weil die Gesetzgebungskompetenz der Länder für das Schulrecht (vgl. Art. 70 Abs. 1 GG) entgegenstehen könnte. Die Gesetzgebungskompetenz des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG („Maßnahmen gegen gemeingefährliche oder übertragbare Krankheiten bei Menschen und Tieren“) ist eine querschnittlich angelegte Gesetzgebungsmaterie ist, die – selbstverständlich – auch in Schulen Anwendung findet, ebenso wie das ebenfalls auf den Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 gestützte Betäubungsmittelgesetz (BtMG) auch in Schulen gilt. Der Bundesgesetzgeber hält deshalb z.B. auch Schulbetretungsverbote gemäß § 28 IfSchG für zulässig,[241] obgleich auch sie die Umsetzung der Schulpflicht behindern. Warum das hier, wenn es um die folgerichtige gesetzliche Ausgestaltung des Aufnahmeverbots *im Rahmen des § 20 Abs. 9, 12 IfSchG-E* geht, anders gesehen wird, bleibt unklar.[242] **237**

Ob ggfs. die Landesschulbehörden die Vorschriften der Landesrechts, die den (ge- **238**

[240] Zur dieser Konstellation s. auch BR-Drucks. 358/1/19, S. 15 a.E.

[241] Begr. zu § 28 IfSchG, BT-Drucks. 18/52671, S. 64.

[242] Insoweit verfängt der Hinweis auf § 28 Abs. 2 IfSchG in der Gegenäußerung der Bundesregierung nicht (BT-Drucks 19/13826, zu Nr. 10), weil es um die Folgerichtigkeit des § 20 Abs. 8 ff. IfSchG-E geht; zu weiteren Gründen, die gegen die Tragfähigkeit des Hinweises der Bundesregierung sprechen, → Rn. 50 (Fußnote).

sundheitsbedingten) Ausschluss vom Unterricht betreffen, so auslegen werden, dass Grundschulkinder vom Unterricht mangels Impfung ausgeschlossen werden dürfen, ist zweifelhaft, denn dafür müsste, gemessen an der Wesentlichkeitslehre des BVerfG (→ Rn. 150 f.), eine hinreichend bestimmte gesetzliche Regelung erst noch geschaffen werden.

Schließlich zeigt sich die fehlende Folgerichtigkeit auch mit Blick auf die Variante „sonstige Ausbildungseinrichtungen“ bzw. die durch das Wort „insbesondere“ (§ 33 Satz 2 IfSchG-E = § 33 IfSchG) indizierte Öffnung für nicht benannte Einrichtungen. Was damit gemeint ist, ist in der Gesetzesbegründung zum derzeitigen § 33 IfSchG, der die Formulierung bereits kennt,[243] ebenso unklar wie in der Literatur, die sich mit dieser Variante, soweit ersichtlich, kaum beschäftigt. Musikschulen etwa sollen nicht dazu gehören.[244] Das kann schon deshalb nicht überzeugen, weil das Schulrecht der Länder Kooperationen zwischen allgemeinbildenden Schulen, also auch Grundschulen mit Musikschulen kennt.[245] D.h., hier ist ein Austausch zwischen KiTa-Kindern und anderen, nicht in einer KiTa (oder in der Kindertagespflege) betreuten Kindern, die ebenfalls Unterricht in der Musikschule erhalten, möglich. **239**

(d) Nicht folgerichtig normierter Dispens vom KiTa-Aufnahmeverbot

Vom KiTa-Aufnahmeverbot „kann“ die zuständige Behörde „allgemeine Ausnahmen zulassen“ (§ 20 Abs. 9 Satz 5 IfSchG-E), unter welchen Voraussetzungen, ist nicht geregelt. In der Begründung heißt es dazu: **240**

„Dies kommt *zum Beispiel* in Betracht, wenn der erforderliche Impfschutz wegen **241**

[243] Vgl. BT-Drucks. 14/2530, S. 76.

[244] *Erdle*, IfSchG, Kommentar, 3. Aufl. 2005, Kommentierung zu § 33, S. 89; so etwa auch Nr. 1 der Gemeinsamen Bekanntmachung der Bayerischen Staatsministerien für Gesundheit, Ernährung und Verbraucherschutz „Vollzug der §§ 33 bis 36 des Infektionsschutzgesetzes (IfSG)“, https://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/BayVwV96841?vi [letzter Abruf am 11.10.2019].

[245] § 124 Abs. 4 Schulgesetz Berlin: „Die Musikschulen kooperieren mit den allgemein bildenden Schulen und mit anderen Bildungs- und Kultureinrichtungen.“ § 5 Abs. 2 Schulgesetz Berlin: „Die Schulen können […] im Einvernehmen mit der zuständigen Schulbehörde insbesondere Vereinbarungen mit […] den Musikschulen, […] den Jugendkunstschulen, den Jugendverkehrsschulen, den Gartenarbeitsschulen sowie Sport- und anderen Vereinen schließen.“

Impfstoffmangels nicht erlangt werden konnte oder eine Aufnahme in eine Einrichtung unaufschiebbar ist.“[246] (S. auch → Rn. 51)

Das sind indes nur nicht abschließend gemeinte Beispiele, wobei schon nicht klar ist, was „unaufschiebbar“ meint bzw. gemessen woran die Aufnahme unaufschiebbar sein soll. Der Sinn des Aufnahmeverbots ist ja gerade, das in Aufweisens- und Nachweispflicht fundierte Schutzkonzept umzusetzen, wozu auch – wie oben dargelegt (→ Rn. 25 f., 265) – der Verlust eines etwaigen KiTa-Platzes ungeachtet der Frage gehört, in welche Betreuungs- bzw. Alltagsbewältigungsnöte dies die Eltern führt. **242**

Auch der Hinweis auf den Impfstoffmangel irritiert, denn möglicherweise ist nicht nur ein „Lieferengpass“ gemeint (das Wort wird in der Begründung nicht verwendet), wie ihn das Paul Ehrlich-Institut versteht,[247] sondern die längerfristige Nichtverfügbarkeit des Impfstoffs. D.h., der Gesetzentwurf hält es offenbar für möglich, dass selbst die gegenwärtig ausschließlich verfügbaren Kombinationsimpfstoffe nicht verfügbar sind, was die Umsetzung des ganzen Gesetzes in Frage stellt. Davon abgesehen ist nicht klar, welche weiteren Fälle denn („zum Beispiel“) gemeint sein sollen. Da eine Impfpflicht, die mangels faktischer Voraussetzung (Impfstoff fehlt) nicht umsetzbar ist, auch nicht sinnvoll durchgesetzt werden kann, ist es in der Tat naheliegend, die Sanktionierung der Impfpflicht durch ein Aufnahmeverbot aufzuheben. Ob die Rücknahme des zur Pflicht des „Aufweisen“ und Nachweisens akzessorischen Aufnahmeverbots allein durch eine Verwaltungsentscheidung erfolgen kann, erscheint schon mit Blick auf die Wesentlichkeitslehre des BVerfG (→ Rn. 150 f.) zweifelhaft, weil die genauen Voraussetzungen, unter denen der Grundrechtseingriff zurückgenommen werden kann, unklar sind. **243**

Die Formulierung „allgemeine Ausnahmen“ (§ 20 Abs. 9 Satz 5 IfSchG-E) findet im geltenden Recht nur selten Verwendung. Meist werden damit Anwendungsausnahmen bezeichnet, also Bereiche bezeichnet, auf die ein Gesetz nicht anwendbar ist,[248] oder es geht um EU- **244**

[246] BR-Drucks. 358/19, S. 27. – Kursive Hervorhebungen hinzugefügt.

[247] *Paul Ehrlich-Institut*, „Definition Lieferengpass: Ein Lieferengpass ist definiert als eine über voraussichtlich zwei Wochen hinausgehende Unterbrechung einer Auslieferung des Zulassungsinhabers im üblichen Umfang oder eine unerwartete, deutlich vermehrte Nachfrage, der vom Zulassungsinhaber nicht angemessen nachgekommen werden kann.“ https://www.pei.de/DE/arzneimittel/impfstoff-impfstoffe-fuer-den-menschen/lieferengpaesse/informationen-lieferengpaesse-impfstoffe-node.html [letzter Abruf am 11.10.2019].

[248] S. etwa § 3 Grunderwerbssteuergesetz (GrEStG); § 107 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB).

rechtlich vorgegebene Regelungsinstrumente.[249] Sofern „allgemeine Ausnahmen“ vorgesehen sind, werden sie durch den Gesetzgeber normalerweise genauer an begrenzende Voraussetzungen gebunden,[250] die sich auch aus der Systematik des Gesetzes ergeben können.[251] Aber auch das bietet hier keinen Anhaltspunkt dafür, die Reichweite der „allgemeinen Ausnahmen“ zu bestimmen. Dass das (geplante) Gesetz kriterienlos allgemeine Ausnahmen gestattet, erlaubt der zuständigen Behörde, zusammen mit dem gewährten Ermessen („kann“), kaum vorhersehbare Ausnahmen von der Durchsetzung der Nachweispflicht durch das Aufnahmeverbot mit der Folge, dass die einheitliche Beachtung der Aufweisens- und der Nachweispflicht nicht gewährleistet ist (s. auch → Rn. 243).

(e) Nicht folgerichtig normierte Fristen für die Vorlage von Impfnachweisen

Nicht folgerichtig umgesetzt ist das Schutzkonzept auch im Hinblick auf folgende Fristen: **245**

Das (geplante) Gesetz verlangt für Personen, die in Heimen (etwa der Kinder- und Jugendhilfe betreut werden) gemäß § 33 Satz 2 Nr. 4 IfSchG-E betreut werden oder in einer Einrichtung gemäß § 36 Abs. 1 Satz Nr. 4 IfSchG („Einrichtungen zur gemeinschaftlichen Unterbringung von Asylbewerbern, vollziehbar Ausreisepflichtigen, Flüchtlingen und Spätaussiedlern“) untergebracht sind, dass sie die Impfung innerhalb einer „vierwöchigen Übergangszeit“[252] aufweisen (§ 20 Abs. 8 Nr. 2 IfSchG-E); es bleibe „den betroffenen Personen unbenommen, sich bereits vor Ablauf dieser vier Wochen um einen entsprechenden Impfschutz zu kümmern.“[253] Das heißt, sie müssen ihn nicht vorher aufweisen. Den Nachweis müssen sie zudem erst nach vier weiteren Wochen vorlegen, wobei nicht klar ist, ob dies vom Tag der **246**

[249] Vgl. § 6 (amtl. Überschrift „Allgemeine Ausnahmen“) Gefahrgutbeförderungsgesetz (GGBefG), dazu BT-Drucks. 13/10158, S. 11; s. auch BT-Drucks. 7/2517, S. 13 f. sowie BT-Drucks. 7/3546, S. 2.

[250] S. etwa § 10 Abs. 4 Landesimmissionsschutzgesetz (LImSchG) Brandenburg: „Bei Vorliegen eines öffentlichen Bedürfnisses oder besonderer örtlicher Verhältnisse können die Gemeinden für Messen, Märkte, Volksfeste, Volksbelustigungen und ähnliche Veranstaltungen und für die Nacht vom 31. Dezember zum 1. Januar sowie für die Außengastronomie durch ordnungsbehördliche Verordnung *allgemeine Ausnahmen* von dem Verbot des Absatzes 1 zulassen. Ein öffentliches Bedürfnis liegt in der Regel vor, wenn eine Veranstaltung auf historischen oder kulturellen Umständen beruht oder sonst von besonderer kommunaler Bedeutung ist und deshalb das Interesse der Allgemeinheit an der Durchführung der Veranstaltung gegenüber dem Schutzbedürfnis der Nachbarschaft überwiegt.“ (Kursive Hervorhebungen hinzugefügt).

[251] Vgl. – zu § 6 Abs. 3 Var. 2 Straßenverkehrsgesetz (StVG) – BVerfG, Beschl. v. 01.04.2014 – 2 BvF 1/12, 2 BvF 3/12 –, BVerfGE 136, 69, juris, Rn. 47 f.

[252] BR-Drucks. 358/19, S. 25.

[253] BR-Drucks. 358/19, S. 25.

Impfung an gerechnet wird oder im Anschluss an die Vier-Wochen-Frist des § 20 Abs. 8 Nr. 2 IfSchG-E.

Wer sich indes bei Inkrafttreten des geplanten Gesetzes am 01.03.2020 schon in einem Heim oder einer Einrichtung befindet, hat Zeit bis zum 31.07.2021, um den Nachweis vorzulegen (§ 20 Abs. 10 IfSchG-E) – was angesichts des engen Zusammenhangs zwischen Aufweisen und Nachweisen (→ Rn. 83 ff.) im Ergebnis nicht ausschließt, dass die Impfung erst kurz vor Ablauf der Frist am 31.07.2021 erfolgt. Dasselbe gilt für KiTa-Kinder, die sich am 01.03.2020 bereits in einer KiTa befinden und den Nachweis bis 31.07.2021 vorlegen müssen (§ 20 Abs. 10 Satz 1 IfSchG-E), s. dazu auch → Rn. 304. **247**

Hinsichtlich all dieser Fristen (einmal vier Wochen bzw. zweimal vier Wochen sowie Frist vom 01.03.2020 bis 31.07.2021) stellt sich die Frage, was die Situation in einem Heim der Kinder- und Jugendhilfe (z.B. einem sog. Kinderheim [§ 34 SGB VIII], in dem z.B. Kleinkinder im KiTa-Alter leben) so sehr insbesondere von der Situation in einer KiTa unterscheidet, dass die Personen, die sich bereits vor dem 01.03.2020 in Heim bzw. Einrichtung gemäß § 36 Abs. 1 Nr. 4 IfSchG befinden, vier bzw. acht Wochen, gerechnet ab 01.03.2020, Zeit fürs „Aufweisen“ des Impfschutzes und seinen Nachweis haben, während KiTa-Kinder, die schon vor dem 01.03.2020 in der KiTa betreut werden, bzw. ihre Eltern diese Zeit nicht haben. Insbesondere erschließt sich nicht, wieso KiTa-Kindern, die sich in derselben KiTa befinden (Kinder, die ab dem 01.30.2020 die KiTa besuchen, und solche, die sich zu diesem Datum bereits in einer KiTa befinden), unterschiedlich behandelt werden, wo doch der möglichst lückenlose Gemeinschaftsschutz in der KiTa hergestellt werden soll. **248**

Ebenso kann diese unterschiedliche (Nicht-)Gewährung von Fristen im Hinblick auf Personen in einem Heim oder in einer Einrichtung nach § 36 Abs. 1 Nr. 4 IfSchG-E überzeugen. Wieso sie sechszehn Monate Zeit haben, die Impfung nachzuweisen (und damit vorzunehmen → Rn. 84), ist unklar. Das Datum wird als Datum genannt, bis zu dem die Gesetzesevaluierung erfolgt sein muss.[254] Wieso überhaupt dieses Datum gewählt wurde, bleibt offen. **249**

[254] S. den Hinweis des *Nationalen Normenkontrollrats*, BR-Drucks. 358/19, Anlage, S. 2: „Das BMG wird den Umsetzungsstand des Gesetzes nach dem 31. Juli 2021 evaluieren.“ (BMG = Bundesministerium für Gesundheit)

(3) Unzumutbarkeit im Hinblick auf die stillschweigende Ausweitung der Impfpflicht durch Kombinationsimpfstoffe

Nur hilfsweise – da insoweit bereits ein Verstoß gegen die „Wesentlichkeit“ bejaht (→ Rn. 150 ff.) und die Erforderlichkeit verneint wurde (→ Rn. 222) – ist Folgendes anzumerken: **250**

Die stillschweigende Ausweitung der Impfpflicht ist eine übermäßige Beschränkung des Grundrechts der körperlichen Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) und als solche unzumutbar (unverhältnismäßig i.e.S.). Die Kinder werden einer durch das (geplante) Gesetz (§ 20 Abs. 8 Satz 2 IfSchG-E) nicht begrenzten Ausweitung der Impfpflicht auf andere Infektionskrankheiten ausgesetzt, die über die gängigen MMR- oder MMRV-Kombinationsimpfstoffe (→ Rn. 119) hinausgeht, denn das (geplante) Gesetz überlässt sich hier völlig den Entwicklungs-, Marketing- und Produktionsplänen der pharmazeutischen Industrie (→ Rn. 120, 221), die bestehende Kombinationsimpfstoffe zu ändern, insbesondere auch auf andere Krankheiten zu erstrecken. Damit werden die Kinder einer maßlosen – weil nach normativen Maßstäben unbegrenzten – Impfpflicht ausgesetzt. Im Lichte von § 20 Abs. 8 Satz 2 IfSchG-E wird die scheinbar auf den Impfschutz gegen Masern begrenzte Impfpflicht (Impfschutz aufweisen, § 20 Abs. 8 Satz 1 IfSchG-E, → Rn. 84) zu einer Blankettermächtigung, die nach Maßgabe nicht demokratisch legitimierter materiell Privater (Unternehmen der pharmazeutischen Industrie), die die Impfstoffverfügbarkeit steuern, letztlich beliebig geändert bzw. ausgeweitet werden kann (→ Rn. 120 f., 152). **251**

(4) Unzumutbarkeit der Pflichtimpfung auch gegen Mumps für Mädchen (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG)

Da die gegenwärtig verfügbaren MMR- und MMRV-Impfstoffe (→ Rn. 119) auch die Impfung gegen Mumps beinhalten, könnte sich die Unzumutbarkeit der Impfpflicht (§ 20 Abs. 8 Satz 1, 2 IfSchG-E), aus einem weiteren Grund ergeben, soweit weibliche Kinder betroffen sind, die geimpft werden sollen. **252**

Nach den Studien eines internationalen medizinischen Forschungsteams, an dem wesentlich **253**

Forscher/innen der Harvard Medical School beteiligt gewesen sind,[255] gibt es Belege dafür, dass Frauen, die als Kinder an Mumps erkrankt sind, eine um 19% *geringere* Wahrscheinlichkeit aufweisen, an Eierstockkrebs zu erkranken. Eierstockkrebs (Ovarialkarzinom) ist nach dem Brustkrebs die häufigste tödliche gynäkologische Krebserkrankung.[256] Etwa eine von 71 Frauen erkrankt im Laufe ihres Lebens an Eierstockkrebs. Im Jahre 2014 sind 5.354 an Eierstockkrebs verstorben. 19% von 5.354 sind 1.017 Frauen.

Cramer et al. haben im Jahre 2010 eine Arbeit publiziert, die für diesen Zusammenhang einen molekularbiologischen Ursachenmechanismus erkannt hat.[257] Die Forscher/innen fanden heraus, dass anders als Menschen ohne Mumpserkrankung Menschen nach mumpsbedingter Speicheldrüsenentzündung signifikant erhöhte Anti-MUC 1-Antikörper in ihren Sera zeigen. Die Mumpsimpfung führt nicht zu einer Erhöhung dieser Antikörper, d.h., sie treten nur nach aktiv durchgemachter Erkrankung (vor allem Speicheldrüsenentzündung) auf. Diese Antikörper stellen eine plausible Erklärung dafür dar, dass das menschliche Immunsystem Tumorzellen im Bereich der Eierstöcke, die das Antigen MUC-1 exprimieren, leichter erkennen und zerstören kann. Dieses MUC-1-Antigen kommt auch in menschlichen Speicheldrüsen vor. Die Auseinandersetzung mit einer Entzündung der Speicheldrüsen (Mumps) *kann* mithin – es gibt allerdings auch Stimmen, die diesen Zusammenhang bestreiten – einen Effekt für die Fähigkeit des Immunsystems in der Erkennung von Eierstockskrebszellen haben. **254**

Würde eine MMR- bzw. eine MMRV-Impfung (→ Rn. 119) ausnahmslos – also inklusive Mumps – zur Pflicht gemacht, würde dieser (mögliche) Effekt sich nicht mehr einstellen können. Zudem würde Forschung, die die Wirkung von Mumps auf die Erkrankungswahrscheinlichkeit hinsichtlich des Eierstockkrebses weiter klären soll, mit Probandinnen aus Deutschland unmöglich, denn Studien, die den Zusammenhang erforschen könnten, wären wegen der flächendeckenden Impfung auch der Mädchen gegen Mumps nicht mehr durchführbar. Damit wird ihnen aber möglicherweise die durch Forschung weiter zu plausibilisierende Option auf **255**

---

[255] *D. W. Cramer/A. F. Vitonis/S. P. Pinheiro/J. R. McKolani/ R. N. Fichorova/K. E. Brown/T. F. Hatchette/O. J. Finn*, Mumps and ovarian cancer: modern interpretation of an historic association, in: Cancer Causes Control 21 (2010), S. 1193-1201, https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2951028/pdf/nihms235805.pdf [letzter Abruf am 11.10.2019].

[256] Informationen – auch zu den sogleich genannten Zahlen – beim *Zentrum für Krebsregisterdaten (ZfKD) beim RKI*, https://www.krebsdaten.de/Krebs/DE/Content/Krebsarten/Eierstockkrebs/eierstockkrebs_node.html [letzter Abruf am 11.10.2019].

[257] *D. W. Cramer/A. F. Vitonis/S. P. Pinheiro/J. R. McKolani/ R. N. Fichorova/K. E. Brown/T. F. Hatchette/O. J. Finn*, Mumps and ovarian cancer: modern interpretation of an historic association, in: Cancer Causes Control 21 (2010), S. 1193-1201, https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2951028/pdf/nihms235805.pdf [letzter Abruf am 11.10.2019].

eine geringere Wahrscheinlichkeit, an Eierstockkrebs zu erkranken, genommen. Gegenüber der im Lebenslauf relevanten Chance, nicht zu früh zu sterben, fallen die Vorteile einer Mumpsimpfung (eine persistierende unilaterale Taubheit tritt bei einem von 20.000 Mumps-Fällen auf, → Rn. 97) nicht ins Gewicht, erst recht nicht jene Vorteile, die nur für männliche Kinder gelten können (bei Nichtimpfung droht beim Mumps eine Hodenentzündung [Orchitis] mit Sterilität im Mannesalter).[258]

Angesichts der für das Überleben (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) relevanten Effekte einer im Kindesalter erlebte Mumpserkrankung für Frauen, die wegen des überlebensgefährdenden Eierstockkrebs spezifisch als Frauen betroffen sind und deshalb nicht benachteiligt werden dürfen (Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG), ist eine ausnahmslos angeordnete Mumps(mit)impfung mit einem MMR(V)-Kombinationsimpfstoff (→ Rn. 119) eine unzumutbare Beschränkung des Grundrechts der körperlichen Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) der betroffenen Mädchen. Ein (geplantes) Gesetz, das diese Effekte nicht bedenkt, beschränkt die grundrechtliche Freiheit mit Blick auf die möglichen Überlebenschancen, die genommen werden, übermäßig. **256**

II. Elternrecht (Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG)

Auch das Elternrecht (Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG) könnte verletzt sein. **257**

1. Schutzbereich des Grundrechts

Das BVerfG umschreibt den Schutzbereich des Elternrechts (Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG) wie folgt: **258**

> „Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG garantiert den Eltern das Recht auf Pflege und Erziehung ihrer Kinder. Die Erziehung des Kindes ist damit *primär* in die Verantwortung der Eltern gelegt, wobei dieses ‚natürliche Recht' den Eltern nicht vom Staate verliehen worden ist, sondern von diesem als vorgegebenes Recht anerkannt wird. Die Eltern können grundsätzlich frei von staatlichen Eingriffen nach eigenen Vorstellungen darüber entscheiden, wie sie die Pflege und Erziehung ihrer Kinder **259**

[258] Zu den Risiken einer Mumpserkrankung *RKI-Ratgeber* „Mumps", https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Merkblaetter/Ratgeber_Mumps.html#doc2374540bodyText8 [letzter Abruf am 11.10.2019].

> gestalten und damit ihrer Elternverantwortung gerecht werden wollen […]. Diese *primäre* Entscheidungszuständigkeit der Eltern beruht auf der Erwägung, dass die Interessen des Kindes am besten von den Eltern wahrgenommen werden. Dabei wird sogar die Möglichkeit in Kauf genommen, dass das Kind durch einen Entschluss der Eltern Nachteile erleidet, die im Rahmen einer nach objektiven Maßstäben getroffenen Erziehungsentscheidung vielleicht vermieden werden könnten […]. In der Beziehung zum Kind muss aber das Kindeswohl die oberste Richtschnur der elterlichen Pflege und Erziehung sein […].“[259]

Vom Elternrecht als Teil der auf auch die Gesundheitsfragen erfassenden „Pflege“[260] (vgl. den Wortlaut des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG) sind die Eltern demnach auch befugt zu entscheiden, ob, inwieweit bzw. unter welchen Voraussetzungen eine Impfung bzw. Impfungen durchgeführt werden und ob sie die nötige Einwilligung erteilen (→ Rn. 94, 103). **260**

Vom Schutzbereich des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG umfasst ist auch die Frage, wie die Eltern die außerfamiliale Kinderbetreuung organisieren (etwa in einer KiTa oder in der Kindertagespflege).[261] D.h., die Eltern allein entscheiden, ob und wie lange sie mit Blick auf das von ihnen favorisierte Beziehungs- und Familienkonzept[262] eine bestimmte Form der Kinderbetreuung mit der Erwerbsarbeit verbinden, mithin auch, wann sie welche Fremdbetreuung für angemessen oder Eigenbetreuung für vorzugswürdig halten.[263] **261**

Von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG geschützt wird auch das Aufenthaltsbestimmungsrecht,[264] d.h., die Eltern dürfen bestimmen, wo, wann und wie lange sich das minderjährige Kind außerhalb des Familienhaushalts (etwa in den Räumlichkeiten einer KiTa) aufhält. **262**

Sofern die Eltern, aber auch die Kinder die KiTa nicht betreten dürfen, ist zudem Art. 11 GG zu prüfen, → Rn. 278 ff. **263**

---

[259] BVerfG, Beschl. v. 29.01.2010 – 1 BvR 374/09 –, NJW 2010, 2333, juris, Rn. 33. – Kursive Hervorhebungen hinzugefügt.

[260] *von Coelln*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 79.

[261] *Rixen*, NJW 2012, 2839; *ders.*, NZFam 2015, 919; *ders.*, BayVBl. 2017, 577 (579); *ders.*, in: Luthe/Nellissen (Hrsg.), juris-Praxiskommentar (jurisPK) SGB VIII, 2. Aufl. 2018, § 24 Rn. 19.

[262] *Rixen*, NJW 2015, 3136 (3138).

[263] *Rixen*, NZFam 2015, 919.

[264] *Badura*, in: Maunz/Dürig, GG, Kommentar, Stand: März 2019, Art. 6 Rn. 111; s. auch *Durner*, in: Maunz/Dürig, GG, Kommentar, Stand: März 2019, Art. 11 Rn. 59.

2. Grundrechtseingriffe

Wie dargelegt (→ Rn. 84, 102), sind die Eltern gemäß § 20 Abs. 8 Satz 1 IfSchG-E verpflichtet, die Impfung des Kindes herbeiführen und hierbei die STIKO-Empfehlungen ebenso zu befolgen wie die Verwendung von Kombinationsimpfstoff. Damit wird ihnen kraft Gesetzes, also mittels eines „klassischen" rechtssatzförmigen Eingriffs, die Befugnis zur Entscheidung über eine Maßnahme der Gesundheitssorge als Teil der „Pflege" (→ Rn. 260) im Sinne des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG genommen, über die sie (gebunden an die Vorgabe, dass Kindeswohl zu wahren) frei befinden können sollen.[265] Mit anderen Worten bestimmt das (geplante) Gesetz den Inhalt der elterlichen Sorge, ohne die elterliche Vorstellung von elterlicher Sorge auch nur im Ansatz zu beachten. Das ist nicht bloß eine „Ausgestaltung" des Kindeswohls,[266] sondern eine Beschneidung des grundsätzlichen Interpretationsprimats der Eltern (→ Rn. 259) in Bezug auf das Kindeswohl. **264**

Dieser Eingriff wird durch die mit der Pflicht zum „Aufweisen" – als zwei Seiten einer normativen Medaille (→ Rn. 85) – eng verknüpfte Pflicht zum „Nachweis" (§ 20 Abs. 9 IfSchG-E) des „Aufweisens" verstärkt, ferner dadurch, dass die akzessorischen Einhaltungspflichten den Druck auf die Eltern, der Grundpflicht Folge leisten, erhöhen. Dazu gehört mit der Pflicht, ein von der KiTa zu beachtendes (§ 20 Abs. 9 Satz 4 IfSchG-E) oder ein vom Gesundheitsamt ausgesprochenes Aufenthaltsverbot (§ 20 Abs. 12 Satz 3 IfSchG-E) zu dulden, auch der Verlust des Anspruchs auf einen KiTa-Platz (§ 24 Abs. 2, Abs. 3 Satz 1 SGB VIII, → Rn. 25 f.).[267] Die Gesetzesbegründung stellt – bezogen auf das KiTa-Aufnahmeverbot (nichts anderes gilt für das seitens des Gesundheitsamts ausgesprochenen Aufenthaltsverbots) – den Zusammenhang zu § 24 SGB VIII ausdrücklich her.[268] Sie stellt also – ohne dass das im Normtext des § 24 SGB VIII auch nur ansatzweise erkennbar wäre – § 24 SGB VIII unter den Vorbehalt des Infektionsschutzgesetzes (IfSchG). Die in § 24 Abs. 2, Abs. 3 Satz 1 SGB VIII geregelten Rechtsansprüche sind gesetzestechnisch als Ansprüche der Kinder ausgestaltet,[269] **265**

---

[265] So i. Erg. auch *Sacksofsky/Nowak*, JuS 2015, 1007 (1010).

[266] Hierzu *Schaks/Krahnert*, MedR 2015, 860 (866) mit weit. Nachw.

[267] Dazu *Rixen*, in: Luthe/Nellissen (Hrsg.), juris-Praxiskommentar (jurisPK) SGB VIII, 2. Aufl. 2018, § 24 Rn. 8, 16 ff., 21 ff.

[268] BR-Drucks. 358/19, S. 28.

[269] *Rixen*, in: Luthe/Nellissen (Hrsg.), juris-Praxiskommentar (jurisPK) SGB VIII, 2. Aufl. 2018, § 24 Rn. 8, 16, 21.

aber der BGH hat (unter dem Aspekt der Amtshaftung für § 24 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII) klargestellt, dass die Anspruchsnorm fremdschützend ist, d.h., auch die Eltern schützt.[270] In grundrechtlicher Perspektive beschränkt der (drohende) Fortfall des Anspruchs auf einen KiTa-Platz die von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG geschützte Freiheit der Eltern, über die Art und Weise der außerfamilialen Betreuung der Kinder zu bestimmen (→ Rn. 261, s. auch Rn. 25 f.).

266 Abgesehen davon wird kraft Gesetzes in den Bestand des privatrechtlichen[271] KiTa-Vertrags eingegriffen, sofern dieser für den Fall eines Aufnahmeverbots keine Klausel enthält (die Gesetzesbegründung empfiehlt, künftige Betreuungsverträge unter der aufschiebenden Bedingung eines Impfnachweises zu schließen).[272] Die Freiheit, im Interesse der Erziehung und Pflege des Kindes privatrechtliche Verträge abzuschließen, wird ebenfalls durch Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG, der insoweit gegenüber dem allgemeinen grundrechtlichen Schutz der Vertragsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG als speziellere Garantie Vorrang hat.

267 Ferner wird der Eingriff in Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG dadurch verstärkt, dass mit der Pflicht zum Aufweisen und Nachweisen, wie dargelegt (→ Rn. 264), der Inhalt der elterlichen Sorge (um)definiert wird, was ggfs. zu familiengerichtlichen Interventionen wegen einer Gefährdung des Kindeswohls (§§ 1666, 1666a BGB) führen kann (→ Rn. 105).[273]

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung, insb. „staatliches Wächteramt“, Verhältnismäßigkeit

268 Eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Eingriffe ist mit Blick auf Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG denkbar.[274] Er besagt: „Über ihre“ – der Eltern – „Betätigung wacht die staatliche Gemeinschaft.“ Dieses sog. staatliche Wächteramt wird vom BVerfG folgendermaßen verstanden:

---

[270] BGH, Urt. v. 20.10.2016 – III ZR 278/15 –, BGHZ 212, 303, juris, Rn. 24 ff., Rn. 35.

[271] *Lakies/Beckmann*, in: Münder/Meysen/Trenczek (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zum SGB VIII, 8. Aufl. 2019, § 23 Rn. 53.

[272] BR-Drucks. 358/19, S. 28.

[273] Allg. zur Relevanz der STIKO-Empfehlungen im Familienrecht BGH, Beschl. v. 03.05.2017 – XII ZB 157/16 –, NJW 2017, 2826, juris, Rn. 25, zur Orientierung am Kindeswohl dort Rn. 15.

„Das Kind, dem die Grundrechte, insbesondere das Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) und das *Recht auf Leben und auf körperliche Unversehrtheit* (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) als eigene Rechte zukommen, steht unter dem besonderen Schutz des Staates […]. Kinder bedürfen des Schutzes und der Hilfe, um sich zu eigenverantwortlichen Persönlichkeiten innerhalb der sozialen Gemeinschaft entwickeln und gesund aufwachsen zu können […]. Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und das Recht auf Leben und auf körperliche Unversehrtheit verpflichten den Staat, Lebensbedingungen des Kindes zu sichern, die für seine Entwicklung und sein gesundes Aufwachsen erforderlich sind […]. Diese Schutzverantwortung für das Kind teilt das Grundgesetz zwischen Eltern und Staat auf. *In erster Linie* ist sie den Eltern zugewiesen; nach Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG sind Pflege und Erziehung die zuvörderst den Eltern obliegende Pflicht. Dem Staat verbleibt jedoch eine Kontroll- und Sicherungsverantwortung dafür, dass sich ein Kind in der Obhut seiner Eltern tatsächlich zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit entwickeln und gesund aufwachsen kann (vgl. BVerfGE 133, 59 <74 Rn. 42>). **269**

Werden Eltern der ihnen durch die Verfassung zugewiesenen Verantwortung nicht gerecht, weil sie nicht bereit oder in der Lage sind, ihre Erziehungsaufgabe wahrzunehmen oder können sie ihrem Kind den erforderlichen Schutz und die notwendige Hilfe aus anderen Gründen nicht bieten, kommt das ‚Wächteramt des Staates' nach Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG zum Tragen. Ist das Kindeswohl gefährdet, ist der Staat nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, die Pflege und Erziehung des Kindes sicherzustellen; das Kind hat insoweit einen grundrechtlichen Anspruch auf den Schutz des Staates […]."[275] **270**

Zu seiner Rolle neben der Verantwortung der Eltern betont das BVerfG: **271**

„*Daneben*" – nämlich neben der primären Verantwortung der Eltern aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG – „sind dem Staat eigene Pflichten gegenüber den Kindern auf-

[274] *Sacksofsky/Nowak*, JuS 2015, 1007 (1011).

[275] BVerfG, Beschl. v . 03.02.2017 – 1 BvR 2569/16 – NJW 2017, 1295, juris, Rn. 40 f.

> erlegt, die den elterlichen Pflege- und Erziehungsauftrag *unterstützen und ergänzen* […].“[276]

D.h., der Staat kommt seiner „Kontroll- und Sicherungsverantwortung“[277] bzw. seiner „grundrechtliche[n] Gewährleistungspflicht“[278] nur dann in verfassungsrechtlich akzeptabler Weise nach, wenn er die Primärverantwortung der Eltern – und die hohe Hürde des „staatlichen Wächteramtes“ (Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG) – achtet und in Relation zum Ausmaß der in Rede stehenden Kindeswohlgefährdung Wege wählt, bei denen die Stärkung der elterlichen Kompetenz im Vordergrund steht und damit deren Einbindung in den ihr Kind betreffenden Entscheidungsprozess – und nicht ihren Ausschluss – favorisiert wird. Das gilt umso mehr, je stärker das Kind einer – zumindest auch – drittnützigen (→ Rn. 157, 165) Impfpflicht im Hinblick auf eine Gefährdungslage ausgesetzt wird, für deren Entstehung und Vermeidung das Kind, wenn überhaupt, nicht allein verantwortlich gemacht werden kann. Insbesondere in seiner solchen Situation müssen die staatlichen Maßnahmen darauf gerichtet sein, ein verantwortungsgerechtes Elternverhalten herbeizuführen.[279] **272**

Nochmals das BVerfG: Das sog. staatliche Wächteramt gemäß Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG bedeutet **273**

> „nicht, daß jedes Versagen oder jede *Nachlässigkeit* den Staat berechtigt, die Eltern von der Pflege und Erziehung auszuschalten oder gar selbst diese Aufgabe zu übernehmen; vielmehr muß er *stets dem grundsätzlichen Vorrang der Eltern Rechnung tragen*. *Zudem gilt auch hier der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*. Art und Ausmaß des Eingriffs bestimmen sich nach dem Ausmaß des Versagens der Eltern und danach, was im Interesse des Kindes geboten ist. Der Staat muß daher *nach Möglichkeit zunächst* versuchen, durch helfende, unterstützende, auf Herstellung oder Wiederherstellung eines verantwortungsgerechten Verhaltens der natürlichen Eltern gerichtete Maßnahmen sein Ziel zu erreichen.“[280]

---

[276] BVerfG, Urt. v. 19.02.2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09 –, BVerfGE 133, 59, juris, Rn. 42 a.E. – Kursive Hervorhebungen hinzugefügt.

[277] BVerfG, Urt. v. 19.02.2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09 –, BVerfGE 133, 59, juris, Rn. 42 a.E.

[278] BVerfG, Urt. v. 19.02.2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09 –, BVerfGE 133, 59, juris, Rn. 42 a.E.

[279] Vgl. *von Coelln*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 79.

[280] BVerfG, Beschl. v. 29.07.1968 – 1 BvL 20/63 u.a. –, BVerfGE 24, 119 (144 f.), juris, Rn. 59. – Kursive Hervorhebungen hinzugefügt.

Das bedeutet auch, es ist zu prüfen, ob aus Verhältnismäßigkeitserwägungen ein „elterliche[r] Einverständnisvorbehalt“ geboten ist.[281] Das gilt erst recht mit Blick auf die von der WHO nur im Hinblick auf die eventuell durch die Erstimpfung (MCV1) noch nicht herbeigeführte Immunität empfohlene Zweitimpfung (MCV2). Wie dargelegt (→ Rn. 197), ist nicht erkennbar, wieso die Ausschaltung des Willens der Eltern zur Legitimation einer rein drittnützigen, für das bereits immunisierte Kind völlig nutzlosen Zweitimpfung zumutbar sein sollte. Im Gegenteil muss gerade der Schutz der Eltern in einer solchen Situation, in der sie den Sinn der Intervention prüfen müssen, gewährleistet sein. Bereits deswegen ist die Impfpflicht (einschl. der an sie anknüpfenden akzessorischen Einhaltungspflichten) eine unzumutbare Beschränkung des Elternrechts. **274**

Mit Blick auf den Umstand, dass die Erstimpfung von den allermeisten Eltern durchgeführt wird, sodann aber die Zweitimpfungsquote nachlässt, wurde betont, dass der Grund hierfür nicht in bewusster Impfverweigerung liegt – warum wäre dann die Erstimpfquote so hoch? –, sondern in lebenspraktischen Hindernissen, die nicht zuletzt die Vergesslichkeit der Eltern befördern (→ Rn. 198). Das bloße Nichtdurchführen einer Impfung zum richtigen Zeitpunkt – der ohnehin strittig ist (siehe die abweichende Empfehlungen der STIKO und der SIKO, → Rn. 133 ff., aber auch international)[282] – aus Nachlässigkeit (→ Rn. 273) kann keine Kindeswohlgefährdung in dem Sinne begründen, dass die Fähigkeit der Eltern, kindeswohlgerecht für ihr Kind zu sorgen, allein deshalb verloren geht und das „staatliche Wächteramt“ – hier: mittels einer gesetzlich angeordneten Impfpflicht – greift. **275**

Die Ausschaltung der Eltern, **276**

> die über die Grundpflicht des § 20 Abs. 8 Satz 1 IfSchG-E und die mit ihr verkoppelte Nachweispflicht (§ 20 Abs. 9 Satz 1 IfSchG-E) sowie die akzessorischen Einhaltungspflichten dazu angehalten werden, dass Kind impfen zu lassen (→ Rn. 264 ff.),

[281] Vgl. – dort auch das Zitat – BVerfG, Beschl. v. 21.12.2011 – 1 BvR 2007/10 –, NJW 2012, 1062, juris, Rn. 38.

[282] Grafische Übersicht über die unterschiedlichen Altersvorgaben in Europa bei der *ECDC* (European Centre for Disease Prevention and Control An agency of the European Union), Vaccine Scheduler – Measles: Recommended vaccinations, https://vaccine-schedule.ecdc.europa.eu/Scheduler/ByDisease?SelectedDiseaseId=8&SelectedCountryIdByDisease=-1 [letzter Abruf am 11.10.2019].

ist nicht erforderlich, weil die Untauglichkeit der Impfberatung nicht dargetan ist (→ Rn. 202 ff.). Die Erforderlichkeit fehlt aber auch mit Blick auf die o.g. Gründe, die gegen die Erforderlichkeit sprechen: Was die Eingriffe in das Grundrecht der körperlichen Unversehrheit des Kindes nicht erforderlich macht (→ Rn. 195 ff., insb. Rn. 210, 220), macht sie auch für die Eltern, die diese Grundrechtseingriffe faktisch bewirken müssen, nicht erforderlich. Das gilt auch im Hinblick auf die Gründe, die die Grundrechtseingriffe unzumutbar machen (→ Rn. 223 ff.), insbesondere mit Blick auf das Gebot, sich einer unbegrenzten Kombinationsimpfstoff-Zusammenstellung – und damit einer unbegrenzten Impfpflicht – auszusetzen (→ Rn. 250 f.), die zudem die gesundheitlichen Besonderheiten von Frauen in nicht zumutbarer Weise unberücksichtigt lässt (→ Rn. 252 ff.).

Soweit es um die Aufenthaltsverbote (§ 20 Abs. 9 Satz 4, Abs. 12 Satz 3 IfSchG-E) geht, sind diese, wie dargelegt (→ Rn. 236 ff.), mit Blick auf Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG weder erforderlich noch unzumutbar, weil sie die Verfassungswidrigkeit der Pflicht zum „Aufweisen“ (§ 20 Abs. 8 Satz 1 IfSchG-E) und Nachweisen (§ 20 Abs. 9 Satz 1 IfSchG-E) nur vertiefen bzw. verstärken. Das gilt auch im Hinblick auf Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG, weil solche verfassungswidrigen Gesetze die vom Grundgesetz geschützte Befugnis der Eltern beschränken können, über den Aufenthalt ihres Kindes zu bestimmen (→ Rn. 262). **277**

III. Freizügigkeit (Art. 11 GG) der Kinder und Eltern

Die Regelungen (→ Rn. 50 ff.) über die Pflicht, ein von der KiTa durchzusetzendes (§ 20 Abs. 9 Satz 4 IfSchG-E, → Rn. 50 ff.) oder ein vom Gesundheitsamt ausgesprochenes Aufenthaltsverbot (§ 20 Abs. 12 Satz 3 IfSchG-E, → Rn. 61 ff.), zu beachten, könnten auch Art. 11 Abs. 1 GG verletzen. **278**

1. Schutzbereich

Art. 11 Abs. 1 GG („Alle Deutschen genießen Freizügigkeit im ganzen Bundesgebiet.“), der **279**

sich auch auf Minderjährige bezieht,[283]

Zur Aufenthaltsbestimmung im Rahmen von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG → Rn. 262. **280**

Für Personen, die nicht Deutsche im Sinne des Art. 116 GG sind, ist Art. 2 Abs.1 GG als Auffanggrundrecht heranzuziehen, wobei richtigerweise im Lichte des EU-rechtlichen Gleichbehandlungsgebots (Art. 18 AEUV) bei EU-Ausländern und EU-Ausländerinnen die Anforderungen des Art. 11 GG in Art. 2 Abs. 1 GG „hineinzulesen", also der Sache bei der Anwendung zu berücksichtigen sind.[284] **281**

schützt das Recht, unbehindert durch die deutsche Staatsgewalt (insbesondere durch ihr zurechenbare Gesetze) an jedem Ort innerhalb des Bundesgebiets Aufenthalt und Wohnsitz zu nehmen,[285] was die Fortbewegung zum Zwecke des Ortswechsels und der Begründung des Aufenthalts an dem Ort umfasst.[286] Aufenthalt meint vorübergehendes Verweilen, wobei eine gewisse, für die Persönlichkeitsentfaltung erkennbar relevante Dauer, nicht bloß eine flüchtige Anwesenheit gemeint ist.[287] **282**

Eine KiTa ist für die Persönlichkeitsentwicklung des Kindes ein wichtiger Ort: **283**

§ 22 Abs. 2 Nr. 1 SGB VIII: „Tageseinrichtungen für Kinder und Kindertagespflege sollen […] die Entwicklung des Kindes zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit fördern […]."

Dort Verweilen die Kinder für einen Teil des Tages in aller Regel mehrmals die Woche, sie werden dort von den Eltern (oder von diesen beauftragten Personen) hingebracht und abgeholt, so dass der Ortswechsel der Aufenthaltsbegründung dient. Da die Kinder hierbei von ihren Eltern unterstützt werden, **284**

---

[283] *Durner*, in: Maunz/Dürig, GG, Kommentar, Stand: März 2019, Art. 11 Rn. 58 f.; *Blanke*, in: Stern/Becker (Hrsg.), Grundrechte-Kommentar, 3. Aufl. 2019, Art. 11 Rn. 18.

[284] Näher hierzu *Durner*, in: Maunz/Dürig, GG, Kommentar, Stand: März 2019, Art. 11 Rn. 65.

[285] Grdl. BVerfG, Beschl. v. 07.05.1953 – 1 BvL 104/52 –, BVerfGE 2, 266 (Leitsatz 1).

[286] *Kingreen/Poscher*, Grundrechte – Staatsrecht II, 35. Aufl 2019, Rn. 917; *Blanke*, in: Stern/Becker (Hrsg.), Grundrechte-Kommentar, 3. Aufl. 2019, Art. 11 Rn. 8, 10.

[287] *Kingreen/Poscher*, Grundrechte – Staatsrecht II, 35. Aufl 2019, Rn. 916 (auch mit Darstellung der im Detail variierenden Argumentation in der Verfassungsrechtslehre).

> Hinbringen zur KiTa, Begleiten in die Räumlichkeiten, meist den Eingangsbereich der KiTa, (Verantwortungs-)Übergabe an das KiTa-Betreuungspersonal, Abholen der Kinder, Entgegennahme in den Räumlichkeiten, meist im Eingangsbereich der KiTa, (Verantwortungs-)Übergabe durch das KiTa-Betreuungspersonal an die Eltern, → Rn. 64

ist ihre Freizügigkeit berührt. Der Schutzbereich des Art. 11 Abs. 1 GG ist eröffnet.

2. Grundrechtseingriffe

285 Staatlich ausgesprochene Aufenthaltsverbote nach dem Infektionsschutzgesetz (IfSchG) – bzw. die gesetzliche Befugnis dazu – gelten als „klassischer" Fall eines Eingriffs in Art. 11 Abs. 1 GG.[288] Nichts anderes gilt für die durch staatliches Gesetz nicht-staatlichen Akteuren (etwa privaten KiTa-Trägern) eingeräumte Pflicht, Aufenthaltsverbote gegenüber Kindern und deren Eltern zu befolgen, die keinen Nachweis über eine erfolgte Impfung vorlegen.

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

286 Die Eingriffe können mit Blick auf das verfassungsrechtlich legitime Ziel der Bekämpfung der Seuchengefahr (Art. 11 Abs. 2 GG, → Rn. 168) gerechtfertigt sein, wenn sich die Grundrechtseingriffe auf Gesetze stützen (vgl. den Wortlaut des Art. 11 Abs. 1 GG), die den oben erläuterten (→ Rn. 126 ff, 133 ff., 140 ff., 150 ff.) allgemeinen rechtsstaatlich-demokratischen Anforderungen (Bestimmtheit, Widerspruchsfreiheit, demokratisch legitimiertes Gesetz, Wesentlichkeit) genügen und nicht unverhältnismäßig sind.

287 Die Vorschriften über die Aufenthaltsverbote sind als bloß akzessorische Einhaltungspflichten (→ Rn. 122 ff.) hingegen schon deshalb verfassungswidrig, weil sie sachlich an die verfassungswidrige Pflicht zum Aufweisen und Nachweisen gekoppelt sind (→ Rn. 84 f. i.V.m. Rn. 91 f.). Gesetze, die die Durchsetzung verfassungswidriger Pflichten anordnen, sind selbst verfassungswidrig.

---

[288] *Ogorek*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, Stand: 15.11.2018, Art. 11 Rn. 36.

Darüber hinaus sind die Aufenthaltsverbote unverhältnismäßig, u.a. weil sie den oben dargelegten Gründen zur fehlenden Folgerichtigkeit (→ Rn. 224 ff.) nicht genügen: **288**

Bezüglich § 20 Abs. 9 Satz 4 IfSchG-E gilt dies, weil die Regelung über die allgemeinen Ausnahmen (§ 20 Abs. 9 Satz 5 IfSchG-E), wie erläutert (→ Rn. 243 f.), das Aufenthaltsverbot zu einer nicht konsequent umsetzbaren – und damit das Schutzkonzept konterkarierenden – Regelung macht. **289**

Bezüglich § 20 Abs. 12 Satz 3 IfSchG-E gilt dies, weil die Herausnahme der schulpflichtigen Kinder die Regelung zu einer nicht konsequent umsetzbaren und deshalb unverhältnismäßigen Vorschrift macht (→ Rn. 236 ff.). **290**

Demnach ist die Freizügigkeit (Art. 11 Abs. 1 GG) der Kinder und der Eltern verletzt.

IV. Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG)

Die Pflichten zur Übermittlung von Daten an das Gesundheitsamt (§ 20 Abs. 9 Satz 6, Abs. 10 Satz 2 IfSchG-E, → Rn. 68 ff.) greifen in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ein, denn danach muss die Leitung der jeweiligen Einrichtung, also auch die Leitung der KiTa, „personenbezogene Angaben“ übermitteln. Diese Angaben beziehen sich auf das Kind und auf die Eltern, die gemäß § 20 Abs. 13 IfSchG-E den Nachweis (wie zuvor schon die Impfung, → Rn. 264) bewirken müssen. Die Datenübermittlung soll die Anwendung der akzessorischen Einhaltungspflichten (→ Rn. 76, 122 ff.) ermöglichen. **291**

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG), das dem minderjährigen Kind und den Eltern gleichermaßen zusteht,[289] gewährleistet **292**

> „die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen (BVerfGE 65, 1 <43> […].)“[290]
> Beschränkungen des Grundrechts müssen auf eine gesetzliche Grundlage gestützt

[289] Zu Minderjährigen *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Kommentar, Stand: März 2019, Art. 2 Abs. 1 Rn. 10.

[290] BVerfG, Beschl. v. 24.01.2012 – 1 BvR 1299/05 –, BVerfGE 130, 151, juris, Rn. 122.

werden, „aus der sich die Voraussetzungen und der Umfang der Beschränkungen klar und für den Bürger erkennbar ergeben […].“[291]

Wie oben erläutert (→ Rn. 68 f.), ergibt sich aus dem geplanten Gesetz nicht, welche personenbezogenen Angaben genau zu übermitteln sind. Schon deshalb verletzen die Bestimmungen das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG). Darüber hinaus gilt: Da die Datenübermittlungspflichten sich auf die Durchsetzung der Nachweispflicht (§ 20 Abs. 8 Satz 1 IfSchG-E) beziehen, die mit der Pflicht, Impfschutz aufzuweisen (§ 20 Abs. 9 Satz 1 IfSchG-E) wie zwei Seiten einer normativen Medaille eng zusammenhängt (→ Rn. 83 ff.), und diese Pflicht zum Aufweisen und Nachweisen verfassungswidrig ist, sind die Datenübermittlungspflichten ebenfalls verfassungswidrig, denn sie dienen der Durchsetzung verfassungswidriger Regelungen. **293**

V. Gleichheitsrechte der Kinder und Eltern (Art. 3 Abs. 1 GG)

Auch die Gleichbehandlungsrechte (Art. 3 Abs. 1 GG) von Kindern und Eltern könnten verletzt sein. **294**

1. Maßstab

Art. 3 Abs. 1 GG gebietet, alle Menschen vor dem Gesetz gleich zu behandeln sowie wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln.[292] **295**

„Eine Norm verletzt danach den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG, wenn durch sie eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten verschieden behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen können ([…] stRspr).“[293] **296**

[291] BVerfG, Urt. v. 15.12.1983 – 1 BvR 209/83 u.a. –, BVerfGE 65, 1 (44), juris, Rn. 151.

[292] BVerfG, Beschl. v. 07.05.2013 – 2 BvR 909/06 u.a. –, BVerfGE 133, 377, juris, Rn. 73.

[293] BVerfG, Beschl. v. 07.05.2013 – 2 BvR 909/06 u.a. –, BVerfGE 133, 377, juris, Rn. 76.

2. Ungleichbehandlungen

Ausgangspunkt des Vergleichs ist § 33 Satz 2 IfSchG-E, der sog. Gemeinschaftseinrichtungen auflistet, die eine ähnliche Betreuungssituation (zahlreiche, insb. junge Menschen an einem überschaubaren Ort) aufweisen. **297**

Wie oben im Rahmen der Ausführungen zur fehlenden Folgerichtigkeit dargelegt (→ Rn. 224 ff.), werden (mit ihren Eltern) **298**

- die Kinder, die in einer KiTa betreut werden, nicht ebenso behandelt wie Kinder, die in der nicht-erlaubnispflichtigen Kindertagespflege betreut werden (→ Rn. 228 ff.), denn in Bezug auf die nicht-erlaubnispflichtige Kindertagespflege gelten die Grundpflicht (Pflicht, Impfschutz aufzuweisen, → Rn. 84 f.), die mit der Grundpflicht kongruente Nachweis- und die akzessorischen Einhaltungspflichten (→ Rn. 122 ff.) nicht;

- die Kinder in KiTas, die unverzüglich bei Neuaufnahme in eine KiTa ab 01.03.2020 (Inkrafttreten des Gesetzes) geimpft sein müssen und darüber Nachweise vorlegen müssen, nicht ebenso behandelt wie (u.a. auch) Kinder, die sich in einem Heim oder einer Einrichtung gemäß § 36 Abs. 1 Nr. 4 IfSchG (Einrichtungen zur gemeinschaftlichen Unterbringung von Asylbewerbern, vollziehbar Ausreisepflichtigen, Flüchtlingen und Spätaussiedlern) befinden und die vier bzw. acht Wochen, gerechnet ab 01.03.2020, Zeit haben, Impfschutz (→ Rn. 245 ff.); **299**

- die Kinder in KiTas, die ab 01.03.2020 neu in eine KiTa aufgenommen werden und die ab diesem Tag Impfschutz auf- bzw. nachweisen müssen, nicht ebenso behandelt wie Kinder, die sich am 01.03.2020 bereits in einer KiTa befinden, oder Personen, die sich bereits vor dem 01.03.2020 in einem (Kinder-)Heim oder einer Einrichtung gemäß § 36 Abs. 1 Nr. 4 IfSchG (Einrichtungen zur gemeinschaftlichen Unterbringung von Asylbewerbern, vollziehbar Ausreisepflichtigen, Flüchtlingen und Spätaussiedlern) befinden und den Nachweis erst am 31.07.2021 vorlegen müssen (→ Rn. 249). **300**

- die Kinder, die in einer KiTa betreut werden, nicht ebenso behandelt wie gleichaltrige, be- **301**

reits eingeschulte Grundschulkinder (→ Rn. 237), für die zwar die Pflicht zum Aufweisen und Nachweisen des Impfschutzes bestehen, ohne dass aber die Grundschulkinder mit einem Aufenthaltsverbot rechnen müssen (§ 20 Abs. 9 Satz 4, Abs. 12 Satz 3 IfSchG-E, → Rn. 50, 236); zudem werden die Kinder nicht ebenso behandelt wie bereits vor dem 01.03.2020 in einer KiTa betreute Kinder, die keinem von der KiTa durchgesetzten Aufenthaltsverbot (bzw. Aufenthaltsbeendigungsgebot) unterliegen (→ Rn. 52, 236).

3. Rechtfertigung

Es ist nicht ersichtlich, was die Ungleichbehandlungen rechtfertigen könnte. Gemessen am Ziel des (geplanten) Gesetzes, impflückenschließenden Gemeinschaftsschutz (einschl. des Individualschutzes) dadurch herzustellen, dass bestimmte Gruppen von Menschen an bestimmten Orten geimpft werden (→ Rn. 157 ff. i.V.m. Rn. 190 f.), erschließt sich nicht, was die Situation in einer KiTa von der in einer nicht-erlaubnispflichtigen Kindertagesgruppe oder diese von der Situation in einer erlaubnispflichtigen Kindertagesgruppe unterscheiden soll. Immer ist eine Gruppe von Menschen (Kinder, Eltern, Betreuungspersonen) an einem bestimmten Ort aus bestimmten Sachgründen (→ Rn. 191) – nämlich aus Gründen der Kinderbetreuung – auf engem Raum (→ Rn. 191) zusammengekommen. Das sind die Kriterien, die die Gesetzesbegründung aufführt (→ Rn. 191) und die auf jede der hier genannten Konstellationen passt, weil sie sich nicht wesentlich voneinander unterscheiden. Das wird besonders deutlich angesichts des Umstands, dass zahlreihe Kinder eine KiTa und zugleich eine nicht-erlaubnispflichtige Kindertagesgruppe besuchen (→ Rn. 235), so dass sie – obgleich sich die Umstände nur wenig unterscheiden – einmal geimpft, ein andermal nicht geimpft sein müssen. **302**

Soweit es um die unterschiedlichen Fristen geht, erschließt sich nicht, was die jeweiligen Situationen so wesentlich unterscheidet, dass einmal keine Frist (Neuaufnahme ab 01.03.2020), ein andermal Fristen von vier bzw. acht Wochen bzw. 16 Monaten gelten (→ Rn. 245 ff.). In allen Einrichtungen leben typischerweise Kinder (auch) mit anderen Kindern zusammen, so dass ein fundamentaler Unterschied zur KiTa nicht erkennbar ist. Insbesondere der Fall (§ 20 Abs. 10 Satz 1 IfSchG-E), dass KiTa-Kinder möglicherweise nur wenige Tage vor dem 01.03.2020 aufgenommen wurden, verdeutlicht die nicht tragfähige Unterscheidung. In all diesen Situationen gilt das Ziel des (geplanten) Gesetzes, lückenlosen Gemeinschaftsschutz **303**

(einschl. des Individualschutzes, → Rn. 157 ff. i.V.m. Rn. 190 f.) in vergleichbaren Gemeinschaftseinrichtungen, insbesondere in KiTas, herzustellen, was aber durch die (langen) Fristen gerade zeitweilig unterbleibt.

> In diesem Sinne monieren die Ausschüsse des Bundesrates, dass hinsichtlich des „achtwöchigen Abwartens“ „ein anderer Bewertungsmaßstab angelegt“ werde, „als bei anderen zur Vorlage des Impfstatus verpflichteten Personen. Die zweimalige Vierwochenfrist ist nicht nachvollziehbar begründet. Für die Regelung muss der gleiche Bewertungsmaßstab gelten wie für andere Personen nach § 20 Absatz 9 IfSG.“[294]

Dass es an einem wesentlichen Unterschied der in Rede stehenden Situationen fehlt, gilt auch für die Konstellation, dass gleichaltrige Kinder, die sich ab 01.03.2020 in einer KiTa ungeimpft aufhalten wollen, ein striktes KiTa-Aufenthaltsverbot trifft, was aber für KiTa-Kinder, die erst bis zum 31.07.2021 den Impfnachweis vorlegen müssen, nicht gilt (→ Rn. 247, 301). Auch hier stellt sich die Frage, was – gemessen am Ziel des (geplanten) Gesetzes (→ Rn. 157 ff. i.V.m. Rn. 190 f.) – die Situationen so wesentlich unterscheidet, dass einmal die Einhaltung der Pflicht zum Nachweis der Impfung kraft Aufenthaltsverbot durchgesetzt werden kann, ein andermal hingegen nicht. **304**

Es hat den Anschein, als wolle der Gesetzentwurf die zivilrechtlichen Konsequenzen, die er für die privatrechtlichen KiTa-Betreuungsverträge ab 01.03.2020 durchaus im Blick hat (→ Rn. 266),[295] bewusst nicht thematisieren. Das kann aber die Ungleichbehandlung nicht rechtfertigen, sondern wirft nur die Frage auf, warum in Konstellationen, die im Tatsächlichen praktisch gleich sind (nur das Datum 01.03.2020 unterscheidet sie), nicht dieselbe Rechtsfolge, nämlich das Aufenthaltsverbot mit seinen zivilrechtlichen Konsequenzen, gesetzt wird. **305**

Vor diesem Hintergrund verstößt das Masernschutzgesetz auch gegen Art. 3 Abs. 1 GG. **306**

VI. Ergebnis

[294] BR 358/1/19, S. 25.

[295] BT-Drucks. 358/19, S. 28.

Die Vorschriften des (geplanten) Masernschutzgesetzes über die Impfpflicht verletzen die Grundrechte der Kinder aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG (körperliche Unversehrtheit), das Elternrecht (Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG), das Freizügigkeitsrecht der Kinder und der Eltern (Art. 11 Abs. 1 GG), das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) der Kinder und der Eltern sowie die Gleichheitsrechte der Kinder und der Eltern (Art. 3 Abs. 1 GG). **307**

D. Verfassungsrechtliche Bewertung der Grundrechtseingriffe zulasten der Ärztinnen und Ärzte

Abschließend ist zu klären, ob Ärztinnen und Ärzte (→ Rn. 10 ff.), die Kinder impfen, durch die Vorschriften des Masernschutzgesetz, die das Infektionsschutzgesetz (IfSchG) ändern (zu diesem thematischen Fokus des Gutachtens → Rn. 10), in ihren Grundrechten – der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) – verletzt werden. **308**

I. Art. 12 Abs. 1 GG

1. Schutzbereich

Gemäß Art. 12 Abs. 1 GG haben alle Deutschen das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen; die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden. Das versteht das BVerfG in ständiger Rechtsprechung als einheitliches Grundrecht der Berufsfreiheit, das die Berufswahl und – was hier interessiert – die Modalitäten der Berufsausübung umfasst. **309**

> Für Ausländerinnen und Ausländer gilt das zu Art. 11 Abs. 1 GG Ausgeführte entsprechend → Rn. 281. D.h., für EU-Ausländer gilt Art. 2 Abs. 1 GG, der aber so interpretiert werden muss, dass er dem Schutzstandard des Art. 12 Abs. 1 GG entspricht.[296] **310**

Alle Aspekte, die das „Wie“ der Berufsausübung betreffen, etwa die inhaltlichen Standards, an denen sich eine Ärztin oder ein Arzt orientiert, werden als sog. ärztliche Therapiefreiheit (die auch die Diagnostik, neben kurativen auch palliative Maßnahmen oder andere Felder spezifisch ärztlicher Tätigkeit umfasst) von der Berufsfreiheit geschützt. Geschützt werden danach die eigenen, wenn auch durch Studium und Ausbildung geprägten professionellen Ansichten zur Heilkunde,[297] wie dies im ärztlichen Berufsrecht der Sache nach auch für das **311**

---

[296] BVerfG, Beschl. v. 04.11.2015 – 2 BvR 282/13, 2 BvQ 56/12 –, NJW 2016, 1436, juris, Rn. 11; s. auch BVerfG, Beschl. v. 24.03.2016 – 2 BvR 1305/10 –, juris, Rn. 22.

[297] Orientierung bietet § 1 Abs. 2 Heilpraktikergesetz: „Ausübung der Heilkunde im Sinne dieses Gesetzes ist jede berufs- […] mäßig vorgenommene Tätigkeit zur Feststellung, Heilung oder Linderung von Krankheiten, Leiden oder Körperschäden bei Menschen […].“

Verständnis der ärztlichen Berufsfreiheit treffend zusammengefasst wird.[298] Das bedeutet, dass die gewissenhafte Anwendung der in Studium und Ausbildung erworbenen fachlichen Qualifikation unter Beachtung des anerkannten Stands der medizinischen Erkenntnisse von der Berufsfreiheit geschützt ist. Das bezieht auch auf den Bereich der Schutzimpfungen als Teil ärztlicher Tätigkeit, was Information, Beratung und Aufklärung umfasst.[299]

2. Grundrechtseingriffe (§ 20 Abs. 8 Satz 1, Abs. 9 Satz 1 IfSchG-E)

Die Pflicht, Impfschutz aufzuweisen bzw. nachzuweisen (idealerweise durch einen Impfausweis, § 22 IfSchG-E) lässt sich ohne eine Ärztin oder einen Arzt, der die Impfung vornimmt und den Nachweis ausstellt, nicht realisieren (→ Rn. 102). Mag die Ärztin bzw. der Arzt in § 20 Abs. 8 ff. IfSchG-E auch nicht erwähnt werden, so handelt es sich doch um Pflichten, die sich auch auf die Ärztin bzw. den Arzt beziehen und deren bzw. dessen Berufsfreiheit regeln. Per Gesetz wird ihm bzw. ihr, die die Impfung vornehmen (→ Rn. 84) und darüber den Nachweis ausstellen müssen, zur Pflicht gemacht, die Impfung nach Maßgabe des Abs. 8 Satz 1 und Satz 2 IfSchG-E zu bewirken und sodann zu dokumentieren (§ 20 Abs. 9 Satz 1 Nr. 1 i.V.m. § 22 Abs. 1 und 2 IfSchG-E). Ein Recht, die Behandlung gerade wegen der Ablehnung der fachlichen Gründe, die zur Einführung der Impfpflicht geführt haben, abzulehnen, besteht regelmäßig nicht.[300] Damit wird es ihr bzw. ihm verunmöglicht bzw. erschwert, entsprechend seinen bzw. ihren Vorstellungen von ärztlich gewissenhaftem Handeln, die vom Schutzbe- **312**

[298] § 2 Abs. 3 Musterberufsordnung der Ärztinnen und Ärzte: „Eine gewissenhafte Ausübung des Berufs erfordert insbesondere die notwendige fachliche Qualifikation und die Beachtung des anerkannten Standes der medizinischen Erkenntnisse." Abruf unter https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/MBO/MBO-AE.pdf [letzter Abruf am 11.10.2019].

[299] Hierzu *Zuck*, MedR 2008, 410 ff.; *ders.*, in: Herbert Schiller/Michael Tsambikakis (Hrsg.), Kriminologie und Medizinrecht: Festschrift für Gernot Steinhilper, 2013, S. 169 (191 f.); *ders.*, GesR 2016, 673 ff.

[300] § 13 Abs. 7 Satz 3 Bundesmantelvertrag-Ärzte (BMV-Ä): „Der Vertragsarzt darf die Behandlung eines Versicherten im Übrigen nur in begründeten Fällen ablehnen" (www.kbv.de/media/sp/BMV_Aerzte.pdf [letzter Abruf am 25.092019]). Der Grund, ein Gesetz für gesundheitspolitisch verfehlt zu halten, gehört dazu nicht. In diesem Sinne muss auch die Vorschrift des allgemeinen ärztlichen Berufsrechts ausgelegt werden, die auf den ersten Blick großzügiger klingt: „Andererseits sind – von Notfällen oder besonderen rechtlichen Verpflichtungen abgesehen – auch Ärztinnen und Ärzte frei, eine Behandlung abzulehnen" (§ 7 Abs. 2 Satz 2 Muster-Berufsordnung [MBO] der Ärztinnen und Ärzte, https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/MBO/MBO-AE.pdf [letzter Abruf am 11.10.2019]). Aus Sicht der niedergelassenen Ärztinnen und Ärzte, die an der vertragsärztlichen Versorgung (GKV) teilnehmen – das sind die allermeisten –, wäre aber auch ein weiteres Verständnis der MBO wegen der strengeren Regelung des BMV-Ä irrelevant. Schließlich dürfte die Berufung auf die Gewissensfreiheit angesichts der hohen Hürden, die insoweit gelten, praktisch keine Bedeutung haben, hierzu allg. *Rixen*, Die Gewissensfreiheit der Gesundheitsberufe aus verfassungsrechtlicher Sicht, in: Bormann/Wetzstein (Hrsg.), Gewissen. Dimensionen eines Grundbegriffs medizinischer Ethik, 2014, S. 65 ff.

reich des Art. 12 Abs. 1 GG umfasst werden (→ Rn. 313), zu handeln, denn bei gesetzwidrigem Verhalten drohen Konsequenzen nach dem ärztlichen Berufsrecht[301] (früher „Standesrecht“ genannt) und ggfs. auch nach dem Berufszulassungsrecht (drohender Verlust der Approbation, vgl. § 5 Bundesärzteordnung – BÄO). *Das unterscheidet die künftige Rechtslage auch von der bisherigen Rechtslage:* Da es sich bei den STIKO-Empfehlungen derzeit nur um Empfehlungen ohne rechtsverbindlichen Charakter handelt, darf und muss der Arzt bzw. die Ärztin die Empfehlungen zwar bisher bei der Beratung beachten, aber er ist nicht verpflichtet, den Empfehlungen zu folgen, wenn er oder sie der fachlich begründeten Ansicht ist, dass im konkreten Fall eine Befolgung der Empfehlungen nicht angezeigt ist und ein entsprechender Konsens mit den informierten und aufgeklärten Eltern erzielt wird (*informed consent*), die durch ihre Einwilligung dem ärztlichen Rat folgen. Werden die STIKO-Empfehlungen – genauer: die Regelempfehlungen, die die STIKO ausspricht (→ Rn. 111) – nunmehr Gesetz, wird die zulässige ärztliche Beratungsfreiheit nur noch auf *eine* Option reduziert, nämlich die STIKO-(Regel-)Empfehlungen ohne Wenn und Aber umzusetzen.

313 Das bedeutet zugleich, dass die Ärztin oder der Arzt verpflichtet ist, das konkrete Behandlungsverhältnis im Hinblick auf die allgemeinen Beratungs- und die auf konkrete Interventionen bezogenen Aufklärungspflichten so zu gestalten, dass er oder sie nicht in Widerspruch zu den Pflichten des § 20 Abs. 8 Satz 1 und Abs. 9 Satz 1 Nr. 1 IfSchG-E gerät. Mit anderen Worten: Die Ärztin bzw. der Arzt muss im Sinne dieser Pflichten beraten und darf andere, aus ihrer bzw. seiner ärztlich-professionellen Sicht gebotene Alternativen nicht umsetzen und folglich auch nicht zu deren Vornahme anraten.

314 Das gilt jedenfalls, sofern der Verweis auf die STIKO-Empfehlungen – was freilich unklar ist (→ Rn. 111, 131) – so zu verstehen ist, dass die Regelempfehlungen zur Erst- und Zweitimpfung, wie die STIKO-Empfehlungen sie vorgeben, ohne Ausnahme umzusetzen sind.

Dass es sich um einen Eingriff in die ärztliche Berufsfreiheit handelt, verdeutlicht exemplarisch auch der Vorschlag des Bundesrates, das geplante Gesetz möge klarstellen, dass Kontraindikationen nur ärztlich festgestellt werden dürfen, wenn

[301] S. beispielhaft die Vorschriften zur Berufsaufsicht (Art. 36a ff.) und zur Berufsgerichtsbarkeit im Bayerischen Heilberufe-Kammergesetz (HKaG).

> es sich um die in den STIKO-Empfehlungen genannten Kontraindikationen handele.[302]

Diesen Eingriffen fehlt auch nicht – dies ist ein Kriterium, dessen Beachtung das BVerfG verlangt –[303] die sog. objektiv berufsregelnde Tendenz, denn die in Rede stehenden Pflichten beziehen sich auf das Impfen als eine ärztliche Tätigkeit (→ Rn. 311; bestätigt etwa auch durch § 20 Abs. 4 Satz 1 und Satz 2 IfSchG-E, → Rn. 12). **315**

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Das Gesetz, das den Eingriff in die Berufsfreiheit bewirkt, muss – ebenso wie bei Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG (→ Rn. 126) – allgemeinen rechtsstaatlichen bzw. demokratischen Anforderungen genügen; das wurde oben insbesondere mit Blick auf § 20 Abs. 8 Satz 1 IfSchG-E dargelegt (→ Rn. 126 ff., 133 ff., 140 ff., 150 ff.; zu den akzessorischen Einhaltungspflichten → Rn. 122 ff.). Ferner muss das Gesetz verhältnismäßig sein (→ Rn. 154 ff.). Auch wenn das BVerfG selbst im Zusammenhang mit der Berufsfreiheit, anders als vielfach angenommen, nicht von der sog. Drei-Stufen-Theorie spricht[304] und die damit gemeinten Unterscheidungen[305] **316**

> vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls bei bloßen Berufsausübungsregelungen, Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter bei subjektiven Zulassungsvoraussetzungen und bei objektiven Zulassungsvoraussetzungen Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlich schwerwiegender Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut

---

[302] BR-Drucks. 358/19 (Beschluss), S. 10, dort heißt es auch: „Ohne diese Klarstellung wäre die Möglichkeit gegeben, dass Ärzte aufgrund falscher Kontraindikationen (etwa banale subfebrile Infekte oder Hühnereiweißallergie) ein entsprechendes Zeugnis ausstellen."

[303] Genaugenommen gilt das Kriterium nur für gesetzliche Bestimmungen, die sich „zwar nicht auf die Berufstätigkeit selbst beziehen, aber die Rahmenbedingungen der Berufsausübung verändern und infolge ihrer Gestaltung in einem so engen Zusammenhang mit der Ausübung des Berufs stehen, dass sie objektiv eine berufsregelnde Tendenz haben." So etwa BVerfG, Beschl. v. 13.07.2004 – 1 BvR 1298/94 –, BVerfGE 111, 191, juris, Rn. 138. Allerdings wird die Rede von der „objektiv berufsregelnden Tendenz" stillschweigend auch zur Kennzeichnung der Konstellationen verwandt, in denen sich gesetzliche Bestimmungen auf die Berufstätigkeit beziehen.

[304] *Rixen*, MedR 2018, 667 (668) mit weit. Nachw.

[305] BVerfG, Urt. v. 23.03.1960 – 1 BvR 216/51 –, BVerfGE 11, 30, 41 ff. (sog. Kassenarzturteil) im Anschluss an BVerfG, Urt. v. 11.06.1958 – 1 BvR 596/56 –, BVerfGE 7, 377, 403 ff. (sog. Apothekenurteil).

schon lange wieder in eine übliche Verhältnismäßigkeitsprüfung überführt hat,[306] können diese Unterscheidungen bei der Abwägung durchaus noch eine orientierende Funktion haben. Ausgehend davon, fällt die Verhältnismäßigkeitsprüfung aber nicht anders aus als oben für die Kinder dargelegt (→ Rn. 171 ff., 195 ff., 223 ff.). Die Ärztinnen und Ärzte dürfen nicht gezwungen werden, eine medizinisch unnötige, rein drittnützige Zweitimpfung bei Kindern vorzunehmen, ohne dass deren Eltern eine Chance haben, dies abzulehnen oder dem zuzustimmen (→ Rn. 197, 274). Außerdem liegt auch keine – etwa der Lage bei den Pocken (→ Rn. 174) – vergleichbare akute Gefährdungslage vor, die die Inpflichtnahme der Ärztinnen und Ärzte gerade als „Werkzeuge" zur Umsetzung der Impfpflicht und damit die Reduzierung ihrer fachlichen Einschätzungsprärogative bei Beratung und Aufklärung zwingend verlangen würde. Auch der Verweis auf den Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter oder vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls dürfen den Blick nicht darauf verstellen, dass es sich um eine Abwägung handelt und das Gewicht der Gründe, die für eine Beschränkung der ärztlichen Freiheit angeführt werden, nicht allein durch das gewählte Regelungs*ziel* gerechtfertigt werden kann, es bleibt bei einer Abwägung. Oben (→ Rn. 126 ff.) wurde aber dargelegt, dass insbesondere die zentralen Bestimmungen der § 20 Abs. 8 Satz 1 und Abs. 9 Satz 1 Nr. 1 IfSchG-E den maßgeblichen verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht genügen und deshalb verfassungswidrig sind. Es ist jedoch von vornherein unzumutbar, in den Vollzug verfassungswidriger Normen eingebunden zu werden, wie dies hier zulasten der Ärztinnen und Ärzte geschieht.

Demnach sind die gesetzlichen Bestimmungen, soweit sie Ärztinnen und Ärzte in die Pflicht **317**
nehmen, ebenfalls verfassungswidrig. Das gilt etwa auch mit Blick auf die obigen Ausführungen zur fehlenden Folgerichtigkeit (→ Rn. 224 ff.); das BVerfG hat sie mit Blick auf Art. 12 Abs. 1 GG entwickelt. Es ging hierbei um Gaststättenbetreiber, die von einem gesetzlich angeordneten, aber durch Ausnahmen inkohärent gewordenen Rauchverbot betroffen waren (→ Rn. 224 ff.).[307] Diese Argumentation gilt, wie dargelegt, erst recht für die weitreichende Anordnung von Impfpflichten, deren Schutzkonzept nicht folgerichtig umgesetzt wurde (→ Rn. 224 ff.). Das macht diese Pflichten auch für Ärztinnen und Ärzte zu einer unzumutbaren Belastung, weil sie gezwungen wären, die Vornahme einer Impfpflicht und deren Nachweis

[306] Aufbereitung der Rechtsprechungsentwicklung bei *Ennuschat*, in: Tettinger/Wank, Gewerbeordnung (GewO), Kommentar, 8. Aufl. 2011, Einleitung, Rn. 73 ff., 82 ff., 87 ff.

[307] BVerfG, Urt. v. 30.07.2008 – 1 BvR 3262/07 u.a. –, BVerfGE 121, 317.

zu ermöglichen, die im (geplanten) Gesetz nicht konsequent, eben nicht folgerichtig umgesetzt ist.

Die unverhältnismäßige Belastung resultiert aber auch daraus, dass insbesondere § 20 Abs. 8 Satz 1 IfSchG-E weder den rechtsstaatlichen Geboten der Normenbestimmtheit (Normenklarheit) und Widerspruchsfreiheit (im Hinblick auf die SIKO-Empfehlungen, → Rn. 133 ff.) genügt noch den Vorgaben, die das Grundgesetz im Hinblick auf die hinreichend demokratische Legitimation des Verweisung und die sog. Wesentlichkeit von Grundrechtseingriffen (insb. zur Ausweitungs- und Entgrenzungstendenz mit Blick auf die Kombinationsimpfstoffe → Rn. 119 ff., 221 f.) macht (→ Rn. 126 ff., 133 ff., 140 ff., 150 ff.). **318**

Als Folge der Verfassungswidrigkeit der Regelungen (§ 20 Abs. 8 Satz 1, Abs. 9 Satz 1 Nr. 1 IfSchG-E) entfällt auch die Pflicht, das Behandlungsverhältnis entsprechend den Vorgaben des IfSchG-E zu gestalten. Auch diese Folgeeffekt des § 20 Abs. 8 Satz 1, Abs. 9 Satz 1 Nr. 1 IfSchG-E ist verfassungswidrig. **319**

Demnach verletzt § 20 Abs. 8 Satz, Abs. 9 Satz 1 Nr. 1 GG die Berufsfreiheit von Ärztinnen und Ärzten. **320**

II. Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG)

1. Maßstab

Art. 3 Abs. 1 GG gebietet, alle Menschen vor dem Gesetz gleich zu behandeln sowie wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln. **321**

> „Eine Norm verletzt danach den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG, wenn durch sie eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten verschieden behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen können ([…] stRspr).“ (dazu schon → Rn. 296).

2. Ungleichbehandlung

Während für alle in Deutschland tätige Ärztinnen und Ärzte die STIKO-Empfehlungen gelten (§ 20 Abs. 8 Satz 1, Abs. 9 Satz 1 Nr 1 IfSchG-E), gelten – jedenfalls im Hinblick auf § 20 Abs. 3 IfSchG und § 60 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 IfSchG – für die in Sachsen tätigen Ärztinnen und Ärzte auch die Empfehlungen der SIKO (→ Rn. 133 ff.). **322**

Wie oben dargelegt (→ Rn. 133 ff.), bedeutet das: In Sachsen tätige Ärztinnen und Ärzte **323**

> – etwa auch im Rahmen einer überörtlichen Berufsausübungsgemeinschaft, die sich auf verschiedene Ärztekammerbezirke bzw. Bezirke von Kassenärztlichen Vereinigungen beziehen kann –[308]

sind Unklarheiten darüber ausgesetzt, an welche Empfehlungen sie gebunden sind. Folgen sie den SIKO-Empfehlungen, dann sichert sie das im Falle eines Impfschadens ab, weil nur die auf Anraten der SIKO zustande gekommene Öffentliche Empfehlung der obersten Landesgesundheitsbehörde (Landesgesundheitsministerium) insoweit maßgeblich ist (§ 60 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 IfSchG), nicht aber die STIKO-Empfehlung (→ Rn. 138). Andererseits müssen Ärztinnen und Ärzte das (geplante) Gesetz befolgen, das ihnen – wenn auch im Umfang unklar (→ Rn. 126 ff., 138) – aufgibt, die Regelempfehlungen der STIKO umzusetzen. Zwar sind weder die STIKO- noch die SIKO-Empfehlungen Rechtsnormen (→ Rn. 105, 136), aber der Rechtsnormwiderspruch läge (sollte der Gesetzentwurf Gesetz werden) darin, das einerseits gemäß § 20 Abs. 8 Satz 1 IfSchG-E, andererseits gemäß § 60 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 i.V.m. § 20 Abs. 3 IfSchG für denselben Sachverhalt unterschiedliche Anforderungen definiert werden, denn es werden inhaltlich abweichende Empfehlungen in Bezug genommen (→ Rn. 137).

Die Widersprüchlichkeit wird noch dadurch verschärft, dass § 12 der für alle an der vertragsärztlichen („kassenärztlichen“) Versorgung geltenden Schutzimpfungs-Richtlinie (SI-RL) des Gemeinsamen Bundeausschusses lautet: „Der Gemeinsame Bundesausschuss kann von den Empfehlungen der STIKO mit beson- **324**

[308] Vgl. § 33 Abs. 2 und Abs. 3 Ärzte-ZV (Zulassungsverordnung für Vertragsärzte sowie § 18 Abs. 3 Musterberufsordnung der Ärztinnen und Ärzte (MBO-Ä), Abruf unter https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/MBO/MBO-AE.pdf [letzter Abruf am 11.10.2019].

derer Begründung abweichen. Abweichungen von den Empfehlungen der STIKO werden in Anlage 1 zu dieser Richtlinie aufgeführt.“ *Zuck* meint hierzu treffend: „Die Tatsache, dass der G-BA von den STIKO-Empfehlungen (wenn auch mit Begründung) abweichen darf, zeigt, dass sie keinen zwingenden normativen Charakter haben können.“[309] Auch das Bundessozialgericht (BSG) betont die Unabhängigkeit des G-BA von den Empfehlungen der STIKO.[310] (Zur fehlenden Rechtsnormqualität → Rn. 105)

3. Rechtfertigung

Die Ungleichbehandlung lässt sich nicht rechtfertigen. Es ist nicht ersichtlich, welchen Sachgrund es gibt, im einen Teil des Infektionsschutzgesetzes (IfSchG) die SIKO-Empfehlungen anzuerkennen, im anderen aber nicht, obgleich es durchweg um denselben Vorgang – die Impfung – geht. Entweder ist es geboten und angemessen (= zumutbar), das Ziel des (geplanten) Gesetzes, impflückenschließenden Gemeinschaftsschutz durch Adressierung bestimmter Gruppen von Menschen an bestimmten Orten herzustellen (→ Rn. 157 ff. i.V.m. Rn. 190 f.), gerade vermittels der STIKO-Empfehlungen zu erreichen, dann dürften die nicht deckungsgleichen SIKO-Empfehlungen (was besonders deutlich bezüglich der Zweitimpfung wird, → Rn. 135, 137) vom Gesetzgeber nicht akzeptiert werden. Wo der Gesetzgeber sie aber für den selben Vorgang – die Impfung – akzeptiert, stellt er stillschweigend in Frage, dass die STIKO-Empfehlungen den zwingenden Charakter für die Erreichung des Gesetzesziels (→ Rn. 164, 170 i.V.m. Rn. 190 f.) haben, der ihre alleinige Beachtlichkeit verlangt. **325**

Selbst wenn der (künftige) Gesetzgeber sich entscheiden sollte, neben den STIKO-Empfehlungen auch auf die SIKO-Empfehlungen zu verweisen, wäre das Problem nicht gelöst: Formal wäre zwar im Hinblick auf § 60 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 IfSchG Klarheit geschaffen. Es bliebe aber das Problem, dass außerhalb Sachsens nur die STIKO-Empfehlungen, in Sachsen aber die SIKO-Empfehlungen zu beachten wären – was die Frage nach der sachlichen Tragfähigkeit insbesondere der Altersvorgaben aufwirft, die die STIKO-Empfehlungen machen (→ Rn. 113, 135). **326**

[309] Zur SI-RL *Zuck*, MedR 2017, 85 (87).

[310] BSG, Urt. v. 21.03.2018 – B 6 KA 31/17 R –, SGb 2019, 54, juris, Rn. 31.

Dass die Altersvorgaben für die Vornahme von Impfungen, insbesondere bei der Zweitimpfung, variieren, ist, wie erwähnt (→ Rn. 275), auch international zu beobachten, wo es eine erhebliche Spannbreite bei den Altersvorgaben gibt, die über die Abweichungen der SIKO- von den STIKO-Empfehlungen deutlich hinausgeht. Es bliebe die letztlich nicht schlüssig seitens des Gesetzgebers zu beantwortende Frage, warum Altersvorgaben, die in Sachsen beachtlich sind, außerhalb Sachsens nicht beachtlich sein sollen, obgleich beides ersichtlich medizinisch vertretbar ist. Dass es medizinisch-epidemiologische Besonderheiten Sachsens gibt, die die Beachtlichkeit der SIKO-Empfehlungen nur in Sachsen rechtfertigen würden, wird zu Recht von niemandem vertreten und ist auch nicht ersichtlich. **327**

Vor diesem Hintergrund verletzt das (geplante) gesetzlich angeordnete Nebeneinander von STIKO- und SIKO-Empfehlungen auch den Gleichbehandlungsanspruch der Ärztinnen und Ärzte (Art. 3 Abs. 1 GG). **328**

III. Ergebnis

Die Vorschriften des (geplanten) Masernschutzgesetzes über die Impfpflicht verletzen die Grundrechte der Ärztinnen und Ärzte aus Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG.